



Università degli studi di Sassari

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in “Diritto ed economia dei sistemi produttivi”

Indirizzo giuridico

XXVII CICLO

Direttore della scuola: Prof. Michele Comenale Pinto

I poteri del giudice in caso di annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto

Autore

Paola Baule

Tutor

Prof. Domenico D’Orsogna

INDICE

1.INQUADRAMENTO GENERALE ED IMPOSTAZIONE DELLA PROBLEMATIC

- 1.1 Premesse.....pag. 5
- 1.2 Evidenza pubblica. Profili generali.....pag. 10

2.EVIDENZA PUBBLICA E CONTRATTO

- 2.1 Premesse.....pag. 18
- 2.2 La tesi dell'annullabilità. Ricostruzione.....pag. 20
- 2.3 La tesi della nullità..... pag. 24
- 2.4 La tesi dell'inefficacia.....pag. 30
- 2.5 La tesi della caducazione automatica.....pag. 32

3.TUTELA GIURISDIZIONALE: VECCHI E NUOVI ORIZZONTI

- 3.1 L'evoluzione normativa.....pag. 39
- 3.2 Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 80 del 1998.....pag. 43
- 3.3 Il riparto di giurisdizione a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 80 del 1998 e della L.205 del 2000.....pag. 44
- 3.4 ..interviene poi la sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204....pag. 49
- 3.5 Le posizioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato.....pag. 53
- 3.6 Il “nuovo” art. 244 del d.lgs. 163/2006.....pag. 56

4.L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA N. 66/2007: LE CINQUE NOVITA'

- 4.1 Premesse.....pag. 59
- 4.2 Il nuovo rito “super-accelerato” e l'effetto sospensivo nei criteri di delega.....pag. 61
- 4.3 Il nuovo rito “super-accelerato” in materia di appalti pubblici.....pag. 63
- 4.4 L'inefficacia “flessibile” del contratto.....pag. 65
- 4.5 I presupposti della privazione di effetti del contratto.....pag. 68

5.IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO “RISOLVE” L'ANNOSA QUESTIONE

- 5.1 Gli effetti dirompenti della normativa comunitaria: i nuovi poteri del giudice amministrativo.....pag. 75
- 5.2 La dichiarazione di inefficacia del contratto: pronuncia dichiarativa o costitutiva del g.a.?.....pag. 79

5.3 Le pronunce “conseguenziali”: superamento del principio dispositivo?.....	pag. 84
5.4 ...e la domanda di subentro nel contratto.....	pag. 93
5.5 Le sanzioni alternative.....	pag. 95
5.6 Tutela per equivalente.....	pag. 100
<u>6.CONCLUSIONI</u>	pag. 104
<u>7.BIBLIOGRAFIA</u>	pag. 116

1.INQUADRAMENTO GENERALE ED IMPOSTAZIONE DELLA PROBLEMATICIA

1.1Premesse

Il tema oggetto della presente tesi di dottorato, inquadrandosi nella materia dei contratti pubblici, risulta caratterizzato da una disciplina frutto di una costante commistione tra fonti dell'ordinamento nazionale e fonti di diritto comunitario.

Rilievo centrale va sicuramente riconosciuto al D. Lgs. 18 Aprile 2016, n. 50, noto come Codice dei Contratti Pubblici, che ha sostituito il d.lgs. n. 163/2006, che rappresenta il risultato dell'opera di conformazione del diritto interno alle prescrizioni dettate dal Trattato CE e dal diritto comunitario derivato in materia di appalti.

L'influenza del diritto comunitario in tale materia la si vede sia attraverso i valori e gli obiettivi che persegue, quali per esempio la libertà di concorrenza nel mercato e la par condicio tra i concorrenti, sia attraverso i nuovi istituti introdotti prima sconosciuti nel nostro ordinamento¹.

L'ultima grande innovazione in materia si è avuta con il decreto legislativo n. 53/2010 che ha recepito la nuova "direttiva ricorsi" e che nel settore del contenzioso

¹ Il recepimento nell'ordinamento interno italiano della cosiddetta "Direttiva ricorsi" n. 2007/66/CE dell'11 Dicembre 2007 si è realizzata con il Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n. 53. Si segnalano cinque disposizioni che hanno inciso fortemente sulla disciplina degli appalti pubblici: termine dilatorio per la stipulazione dei contratti, la privazione degli effetti del contratto eventualmente stipulato in caso di accertata violazione di determinati precetti di diritto comunitario, possibilità di limitare la tutela dei soggetti lesi al solo risarcimento del danno, facoltà di introdurre meccanismi di "pregiudiziali del danno" ai fini della domanda risarcitoria, rilevanza della valutazione dell'interesse pubblico nella decisione cautelare.

degli appalti pubblici ha realizzato una vera e propria rivoluzione che si sostanzia in due aspetti essenziali²:

- La creazione di un nuovo rito speciale super accelerato per le controversie in materia di aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture;
- Una sistematica disciplina, sostanziale e processuale, della sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione³.

Ma per quanto riguarda più specificatamente l'oggetto della presente trattazione si segnala l'accurata disciplina introdotta dal Decreto 53/2010 dei casi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione determina l'inefficacia del contratto suddivisi in due categorie, in funzione della gravità delle violazioni e del relativo potere del giudice di pronunciare l'inefficacia del contratto.

Senza tralasciare l'affermazione esplicita del legislatore della giurisdizione esclusiva amministrativa (ma non anche altrettanto esplicitamente definita di merito) sulle controversie riguardanti la sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione.

Interessante è poi l'introduzione delle "sanzioni alternative" applicabili dal giudice in alcune delle ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non determina anche l'inefficacia del contratto⁴.

² Così M .A. Sandulli e A. Lipari, "Il recepimento della Direttiva ricorsi:il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto" nel D. Lgs. 53 del 2010, in Il Foro Amministrativo: Tar 2010.

³ Quella che parte della dottrina ribattezza "inefficacia flessibile" del contratto, che non dipende automaticamente dal verificarsi di determinati eventi ma rappresenta la conseguenza di un giudizio complesso. M .A. Sandulli e A. Lipari, "Il recepimento della Direttiva ricorsi:il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto" nel D. Lgs. 53 del 2010, *op. cit.*

⁴ Così l'art. 123 c.p.a. Nei casi di cui all'articolo 121, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente: a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto,inteso come prezzo di aggiudicazione, che e' versata all'entrata del bilancio

Il presente studio avrà quindi per oggetto in primis una disamina delle ripercussioni e conseguenze sul contratto determinate dalla cancellazione ex tunc del provvedimento di aggiudicazione.

Tale disamina riguarderà inevitabilmente, considerata la peculiarità del giudizio sulle sorti del contratto, i poteri del giudice e l'ampia discrezionalità che connota le sue funzioni che determina una centralità assoluta della sua posizione⁵.

Particolari questioni interpretative sorgono poi sotto il profilo processuale. La materia della contrattualistica pubblica, nel cui ambito ci si muove, è infatti da sempre caratterizzata dalla presenza di una doppia giurisdizione. Le relative controversie vengono attribuite alla cognizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo a seconda della loro natura e della tipologia degli interessi coinvolti.

dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione; b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo. 2. Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. A tal fine si applica l'articolo 73, comma 3. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative. 3. Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

⁵ Altri aspetti rilevanti del tema in questione riguardano poi le dinamiche processuali implicate dal giudizio in ordine alle sorti del contratto ed in particolare il problema della necessaria età o meno della domanda di parte per permettere al G.A. di conoscere sulla sorte del contratto. Si discute anche a proposito della possibilità di scindere il giudizio sull'annullamento da quello sulla caducazione del contratto.

Tale caratterizzante dicotomia altro non fa che riflettere la dicotomia esistente sotto il profilo sostanziale.

Gli ambiti entro i quali si muove la materia dei contratti pubblici sono, come è noto, quello del diritto civile e quello del diritto amministrativo, come si spiegherà meglio nel prossimo paragrafo. La fase di scelta del contraente si colloca infatti, a tutti gli effetti, nell'ambito del diritto amministrativo, posto che la pubblica amministrazione esercita poteri autoritativi ed agisce in posizione sovraordinata rispetto al soggetto privato. La fase di esecuzione del contratto invece, è totalmente disciplinata da norme di diritto civile e l'amministrazione agisce in posizione di assoluta parità rispetto al soggetto privato.

Da tale dicotomia deriva la diversità di situazioni giuridiche soggettive che si costituiscono in capo ai privati che vengano in contatto con la pubblica amministrazione. E' pacifico che nella fase di scelta del contraente, esercitando la pubblica amministrazione poteri autoritativi, sorgano in capo al privato interessi legittimi. Così non è nella fase successiva relativa all'esecuzione del contratto, là dove il privato diventa titolare di veri e propri diritti soggettivi nei confronti del contraente pubblica amministrazione.

Da ciò deriva la duplicità di giurisdizioni⁶. Duplicità che viene meno, a dire il vero, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ovvero in tutte quelle ipotesi, previste dal legislatore, nelle quali il giudice amministrativo è chiamato a conoscere sia degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi. Sono ipotesi caratterizzate da una forte commistione tra diritti soggettivi e interessi legittimi che non consentono la suddivisione di competenze giurisdizionali.

⁶ La previsione della giurisdizione esclusiva risponde ad un'esigenza di semplificazione intervenendo in tutti quei casi in cui è necessario salvaguardare l'unicità della giurisdizione in capo al giudice amministrativo, al fine di assicurare una tutela piena ed efficace del ricorrente. Commento di R. Mangani, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, in Rivista trimestrale degli appalti.

Vi sono dei casi in cui non è facile distinguere nettamente la linea di confine tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, poiché difficile è capire se l'amministrazione eserciti poteri autoritativi o si ponga su un piano paritetico con il privato. Uno di questi casi è quello oggetto della presente tesi di dottorato.

Le problematiche infatti che involgano la sorte del contratto a seguito dell'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione, si collocano in un limbo tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria. E' infatti un momento che, se da un lato segna la fine della fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, dall'altra segna anche l'inizio del rapporto contrattuale, come si è detto, di competenza del giudice ordinario.

Il nodo da sciogliere non è di poco conto e di facile soluzione. Diverse tesi ed orientamenti si sono susseguiti nel tempo. La presente tesi cercherà di ripercorrerli fino ad arrivare alla soluzione, di ispirazione comunitaria, adottata dal nostro legislatore.

1.2 Evidenza pubblica. Profili generali

Come è noto le Amministrazioni pubbliche godono di una capacità generale di diritto privato. Le stesse infatti stipulano con i privati contratti per l'acquisto di beni e di servizi e per l'esecuzione di lavori di cui hanno necessità per il perseguimento delle finalità di interesse pubblico.

Quando stipulano i contratti le amministrazioni non sono libere, a differenza dei privati, di scegliere la propria controparte contrattuale ma sono soggette a regole speciali di natura pubblicistica volte a tutelare gli interessi delle stesse amministrazioni ed a garantire la par condicio tra i potenziali contraenti.

La formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione avviene cioè attraverso un procedimento amministrativo a evidenza pubblica di tipo competitivo sul quale si intrecciano norme di diritto privato e di diritto pubblico inquadrabili nello schema proposta-accettazione di cui all'art. 1326 c.c.⁷. La fase di formazione del vincolo contrattuale è retta da regole di diritto pubblico e si sviluppa in una sequenza procedimentale che culmina nell'emanazione di un provvedimento amministrativo di aggiudicazione mentre la fase di esecuzione del contratto è retta dalle regole di diritto privato. Questo è ribadito nel Codice dei contratti pubblici che stabilisce due criteri di integrazione della disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione stabilendo che le procedure di affidamento dei contratti pubblici si espletano, per quanto non espressamente disciplinato dal Codice, nel rispetto delle disposizioni contenute nella disciplina sul procedimento amministrativo, così, specularmente, l'attività contrattuale si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile⁸.

⁷ Così M. Clarich "Manuale di diritto amministrativo", Il Mulino Editore 2013.

⁸ I contratti ad evidenza pubblica oggi sono disciplinati principalmente dal Codice dei Contratti pubblici, il D. Lgs. 163/2006 che riordina la materia unificando la disciplina delle forniture,

Come è noto, la dottrina è divisa in ordine alla qualificazione, sul piano strutturale, della procedura di evidenza pubblica.

L'orientamento tradizionale, che si deve a Massimo Severo Giannini, teorizza l'esistenza di due procedimenti paralleli: un procedimento diretto alla formazione della volontà contrattuale, disciplinato, salvo specifiche deroghe, dalle norme di diritto privato; e un procedimento amministrativo, retto da norme di diritto pubblico, attraverso il quale l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse sottese alla stipulazione di quel determinato contratto.

Una diversa ricostruzione assume, invece, che la procedura di evidenza pubblica abbia natura unitaria, essendo la stessa composta da atti amministrativi idonei a produrre "effetti negoziali". Nell'ambito di questo orientamento si discute poi se tali atti siano emanati nell'esercizio dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione ovvero nell'esercizio di un potere amministrativo sia pure non autoritativo.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007, sembra aderire, sia pure implicitamente, all'impostazione tradizionale nella parte in cui afferma che «l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale». Per poi ulteriormente puntualizzare che «nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce (...) secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede».

dei servizi e dei lavori pubblici recependo le direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/CE. Al Codice si aggiunge il Regolamento di attuazione d.p.r. 5 Ottobre 2010, n. 207.

Tale passo letto unitamente alla complessiva motivazione lascia trasparire che il giudice delle leggi ritenga che i «momenti di rilevanza negoziale» diano vita ad un “separato”, ancorché “parallelo”, procedimento negoziale che “doppia” quello amministrativo volto a funzionalizzare l’attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Del resto, questa sembra essere stata anche la scelta effettuata dallo stesso legislatore: l’art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 – stabilendo che «l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta» – chiaramente enuncia la regola secondo cui l’atto finale della procedura amministrativa sia inidoneo alla produzione di effetti negoziali.

Nel settore degli appalti, si potrebbe, pertanto, porre un primo punto fermo in ordine alla struttura della procedura di evidenza pubblica, ritenendo che la stessa abbia natura bifasica e non unitaria⁹. Essa consta quindi di una prima fase, esterna e preliminare rispetto alla fase di scelta dell’offerta, che si conclude con la deliberazione a contrattare, alla quale viene attribuita, dalla maggior parte della dottrina, natura di atto programmatico. La deliberazione a contrarre è l’atto con il quale l’amministrazione, esponendo le ragioni di pubblico interesse che supportano la decisione, esprime l’intento di addivenire alla stipula di un contratto di un certo tipo. Essa, come ribadito dalla giurisprudenza, deve indicare gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, in conformità all’ordinamento dell’amministrazione aggiudicatrice ed ai suoi atti di programmazione.

⁹ “Il procedimento ad evidenza pubblica è bensì configurabile come unitario, ma risulta suddivisibile in più segmenti diversi, dei quali uno finalizzato alla formazione del contratto, l’altro, invece, funzionale alla cura di un diverso interesse pubblico: si distingue invero la fase di scelta del contraente, o meglio dell’offerta, dagli atti che precedono o seguono tale fase, e specificamente dalla fase che attiene alla deliberazione di contrattare, poiché si ritiene che da tale provvedimento nasca il potere o la legittimazione negoziale”. F.G. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Il Mulino editore, 2008.

Tale atto si colloca quindi nella fase precedente al momento dell'avvio della procedura di affidamento e si configura come atto meramente interno, inidoneo a far nascere alcuna situazione soggettiva. E' un atto di impulso che viene adottato sempre d'ufficio mai ad iniziativa di parte e può assumere la forma di atto monocratico o di atto collegiale. E' un atto meramente interno con cui l'amministrazione manifesta la volontà di pervenire alla conclusione di un negozio evidenziandone i motivi di pubblico interesse. Con essa l'amministrazione approva il progetto di contratto, determinandone gli elementi essenziali, i capitoli speciali, individua la normativa applicabile, le modalità di scelta del contraente ed i finanziamenti necessari¹⁰.

La delibera a contrarre, fino alla pubblicazione del bando o all'inoltro della lettera d'invito ai vari concorrenti è revocabile *ad nutum* da parte dell'amministrazione¹¹. La previsione dell'obbligatorietà dell'adozione della delibera a contrarre, dapprima affermata pacificamente da dottrina e giurisprudenza, oggi è prevista dall'art. 11 del Codice, ne discende che la sua mancanza determina l'illegittimità di tutti gli atti della sequenza procedimentale per invalidità derivata¹². La deliberazione a contrattare assume dunque, nel procedimento di evidenza pubblica, una duplice valenza: da una parte specifica il contenuto del futuro negozio giuridico, dall'altra conferisce la legittimazione a contrattare all'organo della p.a. precedente designato a manifestare all'esterno la volontà negoziale dell'ente. Non ha

¹⁰ "La deliberazione a contrattare assunta dalla Pubblica Amministrazione, con la quale viene fissato il progetto di contratto con la previsione di spesa prevista ed il metodo di scelta del contraente privato, non è un mero atto preparatorio dell'aggiudicazione ma è un atto di tipo programmatico, in quanto presupposto del procedimento contrattuale. Come tale essa costituisce atto non immediatamente lesivo, non impugnabile immediatamente ma solo con il successivo provvedimento lesivo" Consiglio di Stato, sez. IV, 28 Ottobre 1996, n. 1159.

¹¹ Così F.G. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, pag. 81, *op.cit.*

¹² La delibera a contrarre si ritiene essere soggetta a controllo che consisterebbe non solo nella verifica della sua legittimità ma anche in un sindacato di merito dell'atto, avente per oggetto la verifica della rispondenza del contratto all'interesse pubblico.

quindi natura negoziale ma programmatica ed è volta a verificare la corrispondenza del contratto al vincolo del perseguimento dello scopo istituzionale dell'ente.

L'atto di attuazione della delibera a contrarre è costituito dal bando di gara, i cui requisiti sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici. Con esso la pubblica amministrazione indice la gara e attraverso la sua pubblicazione rende nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico.

Sulla natura giuridica del bando di gara non vi è in dottrina univocità di vedute. Secondo una prima concezione infatti, di matrice privatistica, il bando sarebbe un'offerta al pubblico o un invito ad offrire in quanto, mancando l'indicazione del prezzo, elemento essenziale del contratto, non può valere come proposta contrattuale¹³. Se si considera in questi termini, la disciplina applicabile non potrà che essere quella privatistica e l'attribuzione della giurisdizione sulle controversie non potrebbe essere del giudice amministrativo.

In realtà non sembra che il bando sia idoneo ad attribuire diritti soggettivi e nessun'altra situazione giuridica soggettiva di matrice privatistica, ma si tratterebbe di un atto di avvio del procedimento selettivo posto nell'esercizio di un potere pubblico cui corrisponde pertanto una posizione di interesse legittimo.

Secondo quindi una concezione pubblicistica, il bando di gara è un tipico atto amministrativo il cui scopo è certamente quello di addivenire alla stipula di un

¹³ La prevalente dottrina ritiene che non si tratti di offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. poiché esso non è idoneo a portare alla conclusione del contratto in forza della semplice accettazione; secondo altri si tratterebbe di promessa pubblica di contratto ma in giurisprudenza sembra prevalente l'opinione che esso si risolva in un invito ad offrire. La differenza dell'invito ad offrire rispetto all'offerta al pubblico consiste nel fatto che mentre l'offerta al pubblico consiste in una proposta di contratto in cui l'iniziativa contrattuale residua in capo all'offerente, nell'invito ad offrire viene spostata l'iniziativa contrattuale sul "pubblico" il quale, a fronte di una proposta incompleta, avvia le trattative contrattuali mediante la formulazione di un'offerta. La differenza tra le due figure si attesterebbe sulla completezza dell'offerta: più la stessa è completa più si può parlare di offerta al pubblico, viceversa in caso di sua incompletezza ricorrerà la figura dell'invito ad offrire.

contratto, ma altresì quello di dare inizio alla fase procedimentale volta all'accertamento dell'offerta¹⁴.

All'interno poi della concezione pubblicistica emergono due orientamenti. Per il primo orientamento al bando di gara va riconosciuta natura normativa configurandolo quindi come *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica¹⁵. Le prescrizioni contenute nel bando di gara, si osserva, non vincolano solo i concorrenti ma anche l'amministrazione che non può disattendere alla loro applicazione né ha alcun margine di discrezionalità nel non applicarle salva la possibilità di procedere all'annullamento d'ufficio del bando, nell'esercizio del potere di autotutela.

Tale impostazione non è però condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria che riconosce invece nel bando un atto avente contenuto sostanzialmente e formalmente amministrativo, privo dei caratteri dell'innovatività ed astrattezza propri di una fonte normativa. Dell'atto normativo difetterebbero quindi i requisiti della generalità, dell'innovatività ed astrattezza. A sostegno di ciò si osserva che nel caso in cui accada che le norme del bando di gara siano in contrasto con norme di rango superiore, le stesse siano assolutamente disapplicabili.

Il bando di gara ha natura strumentale e preparatoria rispetto al successivo provvedimento di aggiudicazione. Nel procedimento ad evidenza pubblica, l'amministrazione sceglie l'offerta migliore, tra quelle presentate che siano conformi alla *lex specialis*, sulla base della *lex* stessa sulla base di parametri di discrezionalità

¹⁴ "Il bando, in definitiva, altro non è se non un atto amministrativo non equiparabile, se non per vaghe analogie, agli istituti di diritto privato: privo comunque di valenza privatistica, ovvero negoziale" così F.G. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto*, op.cit.

¹⁵ Il bando di gara disciplina la procedura ad evidenza pubblica anche attraverso il richiamo ai capitoli generali che disciplinano l'iter della procedura ad evidenza pubblica e i capitoli speciali che disciplinano invece aspetti del futuro contratto, indica inoltre il sistema di scelta del contraente, i requisiti oggettivi e soggettivi di partecipazione, le modalità di presentazione delle offerte, il sistema di aggiudicazione ed il sistema di esclusione delle offerte anomale.

tecnica¹⁶. Pertanto risulta pacifico che la fase di scelta del contraente non possa essere assimilata ad elemento contrattuale o ad una fase precontrattuale ma si risolva piuttosto in un procedimento di diritto pubblico totalmente separato rispetto alla fase di esecuzione contrattuale.

Il bando di gara e la lettera d'invito sono immediatamente lesivi solo nel momento in cui limitino o escludano la possibilità dei concorrenti di partecipare alla gara. Negli altri casi l'interesse all'impugnazione degli atti relativi alla scelta dell'aggiudicatario sorge soltanto all'esito del procedimento selettivo¹⁷.

L'aggiudicazione costituisce l'atto finale del procedimento di gara e può essere definito come l'atto amministrativo mediante il quale, sulla base delle risultanze di gara, è accertato e proclamato il vincitore. Da sempre risulta dibattuta la sua natura giuridica.

Secondo una prima tesi, di stampo pubblicistico, all'aggiudicazione va riconosciuta natura provvedimento con la quale l'amministrazione stessa individua l'impresa con la quale stipulerà il contratto d'appalto senza però manifestare ancora alcuna volontà negoziale.

Per altra tesi, l'aggiudicazione avrebbe natura sia provvedimento che negoziale in quanto rappresenterebbe da un lato, il provvedimento finale della procedura di evidenza pubblica, dall'altro costituirebbe l'atto con il quale

¹⁶ Si sostiene che l'amministrazione, essendo vincolata ai requisiti imposti dalla lex specialis di gara, deve necessariamente escludere le offerte formulate da soggetti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di gara, escludendo pertanto la possibilità dell'amministrazione di valutare sotto il profilo sostanziale le offerte presentate. Risulta chiaro quindi che la procedura di evidenza pubblica non consenta di garantire la scelta della migliore offerta in assoluto così come possibile da una libera contrattazione tra le parti.

¹⁷ " Il bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto della pubblica amministrazione è immediatamente impugnabile solo se contiene clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, e non anche con riferimento alle clausole che individuano i criteri che saranno adottati per l'aggiudicazione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione di un'offerta non costituiscono acquiescenza e non impediscono quindi la presentazione di un eventuale gravame" Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 1326.

l'amministrazione formalizza la volontà di contrarre con l'impresa scelta alle condizioni offerte dalla stessa.

A tal proposito il Codice dei contratti pubblici prevede all'art. 11, comma 7, che l'aggiudicazione definitiva¹⁸ non equivale ad accettazione dell'offerta realizzando sul piano negoziale solo l'effetto di rendere irrevocabile la proposta fino al termine indicato per la stipulazione del contratto. Tale previsione si discosterebbe in toto da quanto previsto dalla vecchia disciplina contenuta della Legge di contabilità di Stato che prevedeva che l'aggiudicazione "tiene luogo del contratto ad ogni legale effetto". L'intenzione del legislatore appare essere quella di tenere del tutto separate e distinte la fase di scelta del contraente, avente valenza autoritativa, culminante nell'aggiudicazione e la fase di stipula del contratto che determina l'insorgenza del diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto stesso.

¹⁸ L'articolazione dell'aggiudicazione in provvisoria e definitiva costituisce una novità della riforma. La prima fase, che consiste nella dichiarazione di individuazione del miglior contraente, interviene all'esito della procedura di selezione ed è di competenza della Commissione di gara. L'aggiudicazione diviene definitiva invece solo a seguito dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente della stazione appaltante, previo compimento dei necessari controlli. In giurisprudenza si rimarca l'indipendenza delle due fasi in quanto l'aggiudicazione definitiva anche quando recepisce in toto le risultanze dell'aggiudicazione provvisoria, presuppone una nuova valutazione rispetto alla stessa. Ne deriva l'ammissibilità di un'impugnazione che abbia per oggetto l'aggiudicazione definitiva senza che si sia precedentemente impugnata l'aggiudicazione provvisoria.

2.EVIDENZA PUBBLICA E CONTRATTO: SOLUZIONI INTERPRETATIVE

2.1Premesse

La definizione degli effetti che l'annullamento, in autotutela o in sede giurisdizionale, del provvedimento di aggiudicazione ha sul contratto già stipulato con l'impresa aggiudicataria è questione risalente nel tempo ed investe sia questioni di diritto sostanziale sia questioni di diritto processuale. In realtà le ragioni di tale coinvolgimento sono da ricercare nel modo con il quale la giurisprudenza ha affrontato il tema assumendo quale presupposto delle argomentazioni l'esistenza di un nesso di consequenzialità tra l'atto negoziale e quello autoritativo.

Occorre ora valutare quali siano le conseguenze che si possono trarre ai fini della soluzione della questione relativa al rapporto tra aggiudicazione e contratto.

Prima di iniziare con l'anamnesi delle varie teorie che si sono susseguite negli anni è importante tenere a mente gli interessi in gioco che si intende tutelare. Da un lato l'esigenza di stabilità e certezza nei rapporti contrattuali tra privati e Pubblica Amministrazione, dall'altro l'interesse del privato che abbia ottenuto una pronuncia favorevole nel ricorso avverso gli atti di gara, a non avere una tutela meramente formale ma piena ed effettiva, comprensiva anche della possibilità di ottenere l'autentico bene della vita cui aspira, costituito dalla possibilità di subentrare nel contratto stipulato con l'aggiudicatario illegittimo.

Ben si comprende come la questione oggetto del presente studio, coinvolga non solo aspetti di natura sostanziali, ma anche aspetti e conseguenze rilevanti sul piano processuale, tra cui quelle relative alla giurisdizione ed alla legittimazione ad agire.

L'aspetto sul quale la dottrina ha concentrato la propria attenzione nell'osservare quale tipo di rapporto vi sia tra l'attività amministrativa presupposta e

la successiva attività contrattuale è se ed in che modo un'eventuale invalidità della fase pubblicistica possa intaccare anche la successiva fase privatistica.

Diverse sono le ricostruzioni dottrinali sul tema, dalla tesi che riconduce la patologia che colpisce il contratto alla disciplina dell'invalidità relativa ossia dell'annullamento alla tesi dell'annullabilità per vizio del consenso fino ad arrivare alle tesi dell'invalidità assoluta ed alla tesi che propugna la caducazione automatica.

2.2 La tesi dell'annullabilità - Ricostruzione

La giurisprudenza del giudice ordinario¹⁹ riconduce, per la maggiore, la patologia che colpisce il contratto, per effetto dell'annullamento degli atti amministrativi presupposti, nell'ambito della disciplina dell'invalidità relativa, ossia dell'annullamento. Si ritiene che, considerata l'autonomia della fase privatistica rispetto alla precedente fase pubblicistica, l'eventuale assenza o non perfezione del procedimento amministrativo, non sfoci nella carenza di un elemento essenziale del contratto²⁰.

La dottrina che accoglie tale indirizzo fa leva poi sull'assunto secondo il quale l'evidenza pubblica non si sostituisce ma si affianca al procedimento privatistico ed il consenso su cui si fonda il contratto è espressione dell'esercizio dell'autonomia negoziale.

Tale impostazione comporta poi che il contratto, anche in presenza di una forma d'invalidità della fase pubblicistica, continua a produrre i propri effetti. Ciò in quanto soltanto nell'ipotesi di invalidità assoluta una patologia dell'atto comporterebbe la sanzione dell'inefficacia giuridica mentre nell'ipotesi dell'invalidità relativa il negozio, seppur viziato, continuerà a produrre effetti giuridici²¹.

¹⁹ Si vedano Cass, 7 Aprile 1989, n. 1682, Cass 28 Marzo 1996, n. 2842.

²⁰ Tale ricostruzione si inseriva all'interno della prospettiva dettata dalla normativa sulla contabilità dello Stato (R.D. 18 Novembre 1923, n. 2440 e regolamento di contabilità pubblica n. 827/1924), la quale rispondeva in primo luogo ad esigenze di carattere finanziario ed era posta a tutela primaria della spesa pubblica. L'intera disciplina mirava infatti essenzialmente a tutelare l'interesse dell'Amministrazione, garantendo a quest'ultima la corretta formazione della volontà contrattuale in presenza delle condizioni economiche più vantaggiose. Lo scopo principale sotteso al principio della gara era quindi quello di assicurare che l'Amministrazione potesse scegliere il miglior contraente sotto il profilo della spesa pubblica. Così S. Iachelli, in *Annullamento dell'aggiudicazione definitiva e sorte del contratto*.

²¹ Spetta alla p.a. far valere l'annullabilità del contratto sottoscritto, in via di azione ex art. 1441, co. 1 c.c. o in via di eccezione ex art. 1442, co.4 c.c. La controversia rientrerebbe infatti nella giurisdizione del giudice ordinario.

All'interno poi del filone interpretativo in esame si distinguono diversi orientamenti a seconda della diversa ricostruzione del vizio che sta alla base dell'invalidità.

In alcuni casi si inquadra l'annullamento del procedimento amministrativo di aggiudicazione come vizio che incide sulla capacità di agire dell'ente considerando quindi l'invalidità che colpisce la fattispecie contrattuale come ipotesi di difetto di legittimazione a contrarre del soggetto pubblico ex art. 1425 c.c.²². Applicando quindi questa norma, si considera la procedura ad evidenza pubblica, volta a formare e manifestare la volontà della p.a. di stipulare il contratto, quale presupposto della capacità di stipulare l'atto negoziale, presupposto della c.d. legittimazione a contrarre²³. I sostenitori di tale tesi consideravano quindi gli atti amministrativi adottati nel corso della procedura di evidenza pubblica quali mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, sicché i loro vizi davano luogo all'annullabilità del contratto che la legge avrebbe stabilito nell'interesse esclusivo dell'Amministrazione, unica legittimata a proporre l'azione di annullamento²⁴.

Si è osservato che nell'ambito del rapporto tra la procedura ad evidenza pubblica ed il contratto consequenziale è la delibera a contrarre che conferisce alla

²² Art. 1425 c.c. Incapacità delle parti. " Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare. E' parimenti annullabile quando ricorrono le condizioni stabilite dall'art. 428, il contratto stipulato da persona incapace di intendere e di volere".

²³ Fra tutte Cass. 8 maggio 1996, n. 4269, "*Gli atti amministrativi, i quali devono precedere la stipulazione dei contratti jure privato rum della pa, non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e volontà dell'ente pubblico, sicché i vizi attinenti a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente*".

²⁴ "Il procedimento ad evidenza pubblica avrebbe la funzione di salvaguardare la corretta formazione del consenso da parte della pubblica amministrazione, garantendo che essa scelga il contraente migliore tra tutti i partecipanti della procedura concorsuale; le relative norme sono pertanto dettate esclusivamente a tutela dell'interesse dell'amministrazione" Così Garofoli- Ferrari, in *Manuale di diritto amministrativo*.

p.a. la legittimazione a negoziare così che quando la delibera manchi o risulta viziata si verifica una *carenza di legittimazione*²⁵.

I sostenitori della tesi dell'annullabilità ritenevano tale soluzione la più idonea ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici atteso che, diversamente, aderendo alla tesi della nullità assoluta, qualunque terzo escluso dalla procedura di gara avrebbe potuto in qualunque momento far valere la nullità del contratto, travolgendone gli effetti.

L'annullamento dell'aggiudicazione viene poi assimilato, da una diversa ricostruzione interpretativa, ad un vizio del consenso collocabile nella fattispecie dell'errore sulla qualità di legittimo aggiudicatario del contraente privato. Rilevando a tale proposito che nei rapporti con la p.a. l'individuazione della parte contraente è dettata da una serie di norme di diverso ordine e grado che disciplinano la fase di scelta del contraente e non da specifica autonomia privata.

Nell'ipotesi di aggiudicazione illegittima deriverebbe l'errore sulle qualità essenziali dell'altro contraente scaturente dalla violazione di regole e principi giuridici. Qui si obietta che in realtà non sarebbe applicabile l'ipotesi di errore ex art. 1429 c.c. sull'essenzialità dell'errore che cada sull'identità o sulle qualità dell'altro contraente, in quanto la p.a. ha la possibilità di stipulare il contratto con il secondo aggiudicatario nei casi previsti dalla legge, sancendo quindi la perfetta fungibilità tra possibili contraenti.

Si è poi parlato di annullabilità ex art. 1425, comma 1, c.c. per una sorta di incapacità a contrattare dell'Amministrazione là dove sia caducata la delibera/determina a contrattare, o ancora di annullabilità per difetto di legittimazione

²⁵ Si è osservato tuttavia che tale impostazione non risolva la questione della natura della patologia che inficia il contratto poiché la categoria della legittimazione a contrarre non è inquadrata dalla giurisprudenza e dalla dottrina in una forma stabilita di invalidità ma oscilla tra la nullità, l'annullabilità e l'inefficacia, così Tiberii, La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica, Edizioni scientifiche italiane.

negoziale della Pubblica Amministrazione intesa proprio come ipotesi concreta di incapacità rispetto ad un determinato negozio, in contrapposizione quindi alla capacità generale giuridica e di agire di un soggetto.

Il superamento di tale tesi coincide sostanzialmente con il mutamento di tutela della disciplina della procedura ad evidenza pubblica. L'influenza del diritto comunitario con l'introduzione del principio di libera concorrenza come principio cardine dell'intera disciplina, ha mutato radicalmente l'obiettivo della Pubblica Amministrazione che non è più solo quello di ottenere un risparmio di spesa ma è quello di garantire la tutela della libera concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

Tra le principali critiche mosse alla tesi dell'annullabilità vi è inoltre quella che sottolinea la limitazione del privato di proporre azione di annullamento del contratto dopo aver ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, prerogativa infatti riservata esclusivamente alla pubblica amministrazione. Prerogativa che si pone peraltro in contrasto con il rapporto di equiordinazione che si crea inevitabilmente nella fase di stipula del contratto, successiva alla fase pubblicistica di evidenza pubblica.

La tesi dell'annullabilità inoltre non può reggere nel panorama normativo attuale di ispirazione comunitaria. Sotto il profilo processuale, nell'ottica di garantire una tutela rapida ed effettiva, il legislatore nazionale ha optato per la scelta di riunire in un unico giudice la competenza a conoscere sia dell'annullamento dell'aggiudicazione che della sorte del contratto. Tale aspetto che si tratterà approfonditamente più avanti, mal si concilia con la tesi dell'annullabilità che prevedeva la frantumazione della giurisdizione, essendo il giudice amministrativo abilitato a conoscere del ricorso caduca torio ed il giudice ordinario abilitato per la domanda di annullamento del contratto.

2.3 La tesi della nullità

Alle teorie che inquadrano le fattispecie di che trattasi al regime dell'invalidità relativa si contrappongono gli orientamenti che individuano una forma di invalidità più grave ovvero una forma di nullità.

Tale tesi partiva dalla considerazione secondo cui gli atti che compongono il procedimento di evidenza pubblica fino all'aggiudicazione definitiva non sarebbero presupposti esterni di legittimazione dell'amministrazione ma parte costitutiva della fattispecie contrattuale. I sostenitori di tale impostazione osservano infatti che le norme che disciplinano la fase di evidenza pubblica non sono dettate nell'interesse esclusivo della p.a. ma della collettività in quanto pongono anche nei confronti dell'attività amministrativa di diritto privato un vincolo di scopo²⁶.

Tale teoria prende le mosse da una concezione negoziale dell'aggiudicazione che viene intesa come atto amministrativo ad effetti negoziali con cui l'amministrazione, esercitando un potere non autoritativo, accetta la proposta contrattuale del privato. Così l'annullamento dell'aggiudicazione comporta la cessazione di tutti gli effetti dell'aggiudicazione stessa ivi compreso l'effetto negoziale con conseguente mancanza del contraente pubblico e nullità ex art. 1325, comma 1 c.c. e art. 1418, comma 2 c.c.²⁷.

²⁶ Così Tiberii, La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica, op. cit., V. Cerulli Irelli, L'annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, Giornale di dir. Amm. 2002.

²⁷ A sostegno di tale tesi si invocava la norma contenuta nell'art. 16 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 che stabiliva che "i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto. In quei casi la sottoscrizione del contratto era quindi un mero adempimento formale. Tale impostazione che si fondava con la predetta norma di legge è stata oggi superata dall'introduzione nel Codice dei Contratti pubblici della disposizione che stabilisce che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta richiedendo così di distinguere la fase dell'evidenza pubblica che culmina con l'aggiudicazione definitiva dalla fase del contratto retta dalla disciplina del codice civile.

Tale tesi faceva leva su una triplice considerazione.

Si sosteneva, *in primis*, che l'invalidità che inficia il contratto stipulato con il privato contraente deriva dalla violazione di norme di azione disciplinanti il procedimento di gara ad evidenza pubblica. Si è argomentato infatti dicendo che la violazione delle regole procedurali corrisponde ad un contrasto con le norme imperative ogni volta che, per effetto dell'inadempimento delle regole sull'evidenza pubblica, il contratto risulti inidoneo a realizzare il vincolo di scopo assegnato all'amministrazione. Senza tralasciare la considerazione secondo cui le norme disciplinanti il procedimento ad evidenza pubblica sono volte ad assicurare la par condicio tra i concorrenti, oltre che ad assicurare il rispetto dei fondamentali valori di imparzialità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 97 Cost, nonché di tutela del principio di ispirazione comunitaria di libera concorrenza²⁸.

A sostegno di tale tesi, si diceva inoltre che le norme che descrivono le modalità di scelta del contraente, sono dettate al fine di evitare che la Pubblica Amministrazione stipuli un contratto con un soggetto che non sia il legittimo vincitore della gara ad evidenza pubblica.

Si sosteneva infine che l'annullamento degli atti di gara, in via giurisdizionale o in via di autotutela, facendo venir meno ex tunc il provvedimento di aggiudicazione, dà luogo ad una mancanza originaria del consenso della stazione appaltante all'assunzione del vincolo negoziale. Da qui deriverebbe il vizio radicale del consenso nel senso di difetto genetico originario che, per effetto degli artt. 1325, comma 1, e 1418, comma 2, c.c. produce la nullità del contratto e non la semplice annullabilità dello stesso.

²⁸ Così G. Ferrari, in *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo C.p.a.*.

La tesi della nullità, pur non avendo trovato largo consenso né in giurisprudenza né in dottrina, fu supportata talvolta dalla giurisprudenza del giudice amministrativo per le ragioni poi chiarite dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato. Non convinceva l'ancorare il difetto genetico del contratto nell'avverarsi di un fatto sopravvenuto com'era appunto l'annullamento dell'aggiudicazione²⁹.

Si sosteneva che per gli enti pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Ente ma è subordinata allo svolgimento di procedure concorsuali, puntualmente disciplinate dal legislatore. L'attuazione di tali procedure concorsuali altro non costituisce che il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente, che invece nei rapporti interprivati è riservato alla libera autonomia negoziale. In sostanza le amministrazioni pubbliche possono assumere impegni contrattuali solo ed esclusivamente nei modi stabiliti dal legislatore che regola in modo imperativo la loro attività per il perseguimento delle finalità ed esse assegnate.

Il carattere imperativo delle norme che disciplinano la procedura di gara, discende dalla duplice funzione che esse sono chiamate a svolgere e cioè di consentire alle amministrazioni di scegliere il miglior contraente in termini economici e di qualità, oltre che consentire a tutti gli operatori economici, giudicati

²⁹ Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, *"la tesi della nullità del contratto, del pari non convince, in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia ab origine, mentre nella specie trattasi di una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara. Accogliere la tesi della nullità del contratto significherebbe poi consentire la proposizione della relativa azione dichiarativa in ogni tempo stante l'imprescrittibilità della medesima (art. 1422 c.c.) da parte di chiunque vi abbia interesse e anche la rilevanza ex officio (art. 1421 c.c.), a prescindere quindi da una previa rituale e tempestiva impugnazione, da parte dei soli soggetti legittimati a ricorrere, dell'atto amministrativo viziato nel termine di decadenza proprio del giudizio amministrativo. Ma ciò, a ben considerare, finirebbe per pregiudicare alquanto la certezza dei rapporti giuridici, atteso che esporrebbe il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse"*.

tecnicamente e moralmente idonei, di partecipare, a parità di condizioni, alla redistribuzione delle risorse pubbliche.

L'imperatività dunque delle norme che disciplinano la fase dell'evidenza pubblica è data quindi dalla stretta derivazione dell'intera disciplina dai principi costituzionali e comunitari. In ossequio ai principi comunitari, si è diffusa a tal proposito la concezione che considera le norme del procedimento amministrativo di evidenza pubblica precetti di natura pubblicistica e inderogabili volti a garantire sia il rispetto di principi costituzionali di imparzialità e buon andamento sia principi comunitari di libertà di concorrenza e di mercato³⁰.

Le critiche mosse alla tesi della nullità si fondano principalmente su due argomenti. In primis si sostiene che l'ordinamento comunitario non impone agli Stati membri l'assoggettamento della fattispecie di che trattasi all'uno o all'altro regime di invalidità e tanto meno impone il regime della nullità³¹. In secondo luogo l'ipotesi di nullità contemplata dall'art. 1418 c.c. secondo cui "il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente", prevede appunto che tale tipo di nullità operi solo là dove l'ordinamento non preveda altro tipo di sanzione.

Nella fattispecie in esame, sia che si prenda in considerazione il procedimento pubblicistico sia che si prenda in esame il procedimento negoziale, è prevista nel nostro ordinamento l'applicazione di sanzione alternative.

Le maggiori resistenze nei confronti della tesi della nullità della fattispecie contrattuale derivano però soprattutto per ragioni di carattere processuale. Non si può pensare infatti in un sistema di rapporti con la pubblica amministrazione di avere una

³⁰ In passato, in linea con una visione contabilistica delle norme sul procedimento amministrativo, si consideravano quali norme poste soltanto a tutela dell'interesse della p.a. ad un corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

³¹ Così Tiberii, op. cit.

situazione di incertezza, incertezza che deriverebbe senz'altro dall'applicazione di una sanzione come la nullità che, per ontologia, può essere richiesta da chiunque vi abbia interesse e senza limiti di tempo. Recita infatti l'art. 1421 c.c. che la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e la relativa azione non è soggetta a prescrizione.

Ed in ogni caso la valenza del difetto "genetico" del contratto era subordinato da un fatto sopravvenuto ovvero all'annullamento dell'aggiudicazione, sia che provenisse da una pronuncia giurisdizionale o da un'azione in autotutela della p.a., esponendo peraltro il contratto all'accertamento di detta invalidità senza limiti prescrizionali.

Interessante pronuncia a sostegno della tesi della nullità è l'ordinanza 21 Maggio 2004, n. 3355 del Consiglio di Stato.

La Sezione parte col riconoscere natura negoziale al provvedimento di aggiudicazione, essendo l'atto che racchiude la manifestazione della volontà della p.a. di affidare il contratto all'impresa e rispettare le condizioni proposte dalla stessa, come integrate da quelle contenute nel bando e nel capitolato d'appalto. Ne consegue che la demolizione dell'atto col quale l'amministrazione ha manifestato la volontà negoziale, operando *ex tunc*, priva il negozio giuridico dell'elemento essenziale costituito dall'accordo, che deve ritenersi insussistente una volta venuto meno l'atto generativo del consenso della p.a.. Quanto alla critica che rimarcava la natura sopravvenuta e non genetica del vizio, la Sezione sostenne che ogni atto relativo alla corretta formazione della volontà negoziale o alla sua esistenza va riferito al momento genetico del rapporto e non alla sua fase esecutiva e funzionale. Possono quindi considerarsi sopravvenute solo le vicende che non riguardano direttamente la validità del negozio giuridico, ma la sua attuazione, e non quelle, che sebbene accertate in un secondo momento, attengono al rispetto delle regole che presiedono alla valida conclusione dell'accordo. In ogni caso quindi, l'efficacia retroattiva

dell'annullamento giurisdizionale dell'atto impugnato impone di riferire l'efficacia della statuizione demolitoria al momento genetico del rapporto, e quindi alla conclusione del negozio e non alla sua fase esecutiva e cioè alla corretta attuazione delle obbligazioni.

Quanto alla critica che individuava nelle caratteristiche tipiche dell'azione di nullità, un difetto della tesi della nullità, la Sezione osserva che, nell'ambito delle fattispecie contrattuali di che trattasi, ovvero che riguardino i rapporti con la p.a., non si parlerebbe di "chiunque" nel senso letterale del termine, di un'azione popolare generale, ma occorrerebbe comunque un interesse ad agire così che non proporrebbe un'azione di accertamento della nullità qualsiasi soggetto ma soltanto coloro che lamentino la lesione di un interesse personale ovvero un pregiudizio giuridico e di fatto.

Inoltre si è detto che non esiste alcun problema di estensione di legittimazione in quanto la proposizione di un'azione di nullità è possibile soltanto se e nella misura in cui siano stati impugnati gli atti amministrativi. Ciò significa che chi non abbia impugnato gli atti della procedura di evidenza pubblica non possa poi proporre azione di nullità in un secondo momento. Si osserva infatti che non possa estendersi la legittimazione, sul presupposto che l'atto sia già stato annullato, anche agli altri partecipanti alla fase concorsuale che non abbiano proposto anche azione di annullamento. La mancata impugnazione denota un'assenza di interesse all'azione e quindi una ammissione implicita di mancanza di pregiudizio.

La tesi dell'inefficacia

Un terzo orientamento faceva discendere dall'intervenuto annullamento del provvedimento di aggiudicazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, l'inefficacia del contratto precedentemente stipulato.

La teoria dell'inefficacia si basa sull'idea, secondo cui, una volta annullato in sede giurisdizionale o in sede di autotutela, ne deriva l'inefficacia sopravvenuta del contratto per carenza di legittimazione in capo alla stazione appaltante a stipulare lo stesso.

Secondo tale impostazione, l'inefficacia sopravvenuta è comunque da considerarsi relativa, potendo esser fatta valere solo dalla parte che vi ha interesse, quindi dalla parte che avesse ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione.

Tale tesi sostenuta dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato muoveva dalla premessa secondo cui la caducazione degli atti del procedimento ad evidenza pubblica, quali delibera a contrarre bando o lettera d'invito, determinazione di aggiudicazione, mediante i quali si è formata la volontà della p.a. di pervenire alla stipulazione del contratto, priva la stazione appaltante, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a contrattare. In sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, si trova nella condizione di aver stipulato *injure*, privo cioè della legittimazione che gli era stata conferita dai precedenti atti amministrativi.

La Sezione poi argomentando, riconosceva che il contratto comunque rimaneva vincolante *inter partes*, nonostante l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione, fino all'adozione di eventuali azioni da parte degli interessati. L'Amministrazione peraltro ben poteva rimuovere gli effetti di situazioni ritenute

illegittime, e quindi far valere l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, ma solo in via di autotutela, riconoscendo l'illegittimità degli atti amministrativi.

In merito al problema riguardante la tutela dei soggetti coinvolti dagli effetti di una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione, la giurisprudenza utilizza lo strumento civilistico della tutela della buona fede del terzo ai sensi degli artt. 23 e 25 c.c.. Secondo tale impostazione, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione stessa³².

³² Si ritiene applicabile la normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, considerati come principi generali e quindi anche applicabili alla pubblica amministrazione quale persona giuridica ex art. 11 c.c.. Di tale avviso Cons. Stato, sez. VI, n. 2992/2003, *"l'amministrazione pubblica in forza dell'art. 11 c.c. è pur sempre una persona giuridica, e pertanto soggetta alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche, oltre alle norme di diritto pubblico...l'annullamento della delibera deve operare, per principio generale, senza pregiudizio dei diritti acquisiti dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (art. 23, comma 2, c.c.), circostanza questa che consente di contemperare l'esigenza del rispetto delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'evidenza pubblica con il rispetto dei diritti dei terzi"*.

La tesi della caducazione automatica

Nel panorama giurisprudenziale e dottrinario non si può poi prescindere dall'analizzare la teoria della caducazione automatica, di origine prettamente giurisprudenziale, che introduce una forma di automatismo nel rapporto tra aggiudicazione e contratto³³.

Si tratta di una categoria "atipica" dell'ordinamento che esula dalle caratteristiche sia dell'annullabilità che della nullità ed introduce dei problemi interpretativi particolari soprattutto in quelle ipotesi di eterogeneità, come appunto la natura giuridica di atto amministrativo e contratto³⁴.

Presupposto della tesi della caducazione automatica è il rapporto di consequenzialità tra aggiudicazione e contratto, dai quali, legati da un rapporto di presupposizione necessaria, si faceva discendere, dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, l'automatica caducazione del contratto che, in conseguenza del venir meno di uno dei suoi presupposti di efficacia, restava definitivamente privato dei suoi effetti giuridici³⁵. Si affermava che la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, degli atti della fase di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, priva quest'ultima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare.

³³ La tesi che marca il passaggio dall'impostazione giusprivatistica a quella giuspubblicistica è quella che afferma la caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o comunque dell'annullamento degli atti dell'evidenza pubblica. Così S.S. Scoca, in *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, op.cit..

³⁴ Dubbi sull'applicabilità di tale automatismo sono stati sollevati da parte della dottrina soprattutto nella parte in cui si riconosce una sorta di atipicità nelle ipotesi estintive a fronte di una sostanziale tipicità della fase genetica del procedimento. Nel riconoscere infatti l'ipotesi della caducazione automatica, si affiancherebbe un rimedio atipico alle ipotesi di annullabilità amministrativa e giurisdizionale, queste ultime riconosciute dalla previsione normativa che legittima il potere amministrativo ed il potere giurisdizionale. Così E. Sticchi Damiani, in *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, Dir. Proc. Amm. 2003.

³⁵ Definizione di G. Ferrari, in *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, op. cit.

Si valorizzava pertanto il rapporto di consequenzialità fra aggiudicazione e contratto, legati da un nesso di presupposizione necessaria, così che *simul stabunt, simul cadent*. L'annullamento dell'aggiudicazione segnava, in via retroattiva, il venir meno di uno dei presupposti di efficacia del contratto che restava quindi privato dei suoi effetti giuridici.

Il fenomeno che occorre analizzare a tal punto è quello della trasmissione dell'antigiuridicità che pone diversi problemi interpretativi³⁶.

E' principio consolidato che l'illegittimità di un atto amministrativo si trasmette in via derivata ad un altro solo quando sussista tra i due un nesso procedimentale ovvero vi sia un rapporto di presupposizione. Inoltre l'illegittimità in via derivata di un provvedimento amministrativo può configurarsi solamente nei riguardi di atti o di serie procedurali dei quali il primo sia esecutivo od ai quali sia collegato da un nesso di consequenzialità³⁷.

La tesi della caducazione automatica implica quindi che, per ragioni di economia processuale, colui che abbia proposto ricorso avverso l'atto presupposto sia esonerato dall'impugnazione dell'atto consequenziale in quanto gli effetti derivanti dall'annullamento del primo atto si trasferirebbero automaticamente al secondo atto consequenziale³⁸. Poiché si possa avere tale effetto occorre però che vi sia un forte legame tra i due atti. L'uno deve essere strettamente consequenziale rispetto all'altro, deve essere cioè meramente esecutivo dell'atto presupposto³⁹.

³⁶ Si segnala che molte pronunce giurisprudenziali che affermano la teoria della caducazione automatica sono anteriori al d. lgs. 80/1998 ed alla L. 205/2000.

³⁷ Per giurisprudenza consolidata. Cfr Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 1982 n. 302.

³⁸ Si tratterebbe a tutti gli effetti di fattispecie estintiva posto che alla caducazione si rimettono esattamente gli stessi effetti, sostanziali e processuali, dell'annullamento.

³⁹ Si sostiene che dopo l'introduzione dell'istituto processuale dei motivi aggiunti, il fenomeno della caducazione automatica abbia assunto ambiti ancora più ristretti. A seguito della novella della Legge 205/2000, i provvedimenti adottati in pendenza di ricorso debbano essere impugnati quanto meno attraverso il ricorso per motivi aggiunti.

A tutela delle posizioni del ricorrente e come detto, per ragioni di economia processuale la giurisprudenza aveva ammesso l'operatività del fenomeno del travolgimento *ipso iure* basato sul nesso logico di presupposizione necessaria tra provvedimenti⁴⁰. Non era pensabile infatti che il soggetto che avesse tempestivamente impugnato un atto amministrativo, che si configurasse come presupposto logico giuridico di una serie di altri atti all'interno della stessa catena procedimentale tipizzata ex lege, dovesse impugnare di volta in volta tutti i successivi atti consequenziali con distinti ricorsi⁴¹.

La caducazione automatica ha trovato sempre meno applicazione in giurisprudenza soprattutto dopo la novella del ricorso per motivi aggiunti subordinando la dichiarazione della natura meramente consequenziale dell'atto alla circostanza che esso si ponga come inevitabile conseguenza del primo e non richieda ulteriore valutazione d'interessi.

Un'importante limite della teoria dell'inefficacia successiva del contratto era segnato dalla tutela dei terzi in buona fede, ovvero dalla tutela delle situazioni giuridiche soggettive che si erano consolidate fino alla domanda volta ad ottenere

⁴⁰ Si veda Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2002, n. 2332, “..di qui il corollario che anche l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente detto presupposto condizionante del contratto e ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia. La mancanza del procedimento ad evidenza pubblica deve in ultima analisi essere equiparata all'ipotesi di mancanza legale del procedimento, derivante dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Al pari della radicale mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica, o di una sua parte essenziale (quale la procedura di gara), l'annullamento segna infatti, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici”.

⁴¹ Parte della dottrina evidenziò da subito come l'istituto della caducazione automatica si ponesse in contrasto con alcuni principi fondamentali del sistema di giustizia amministrativa. In primo luogo col principio di inoppugnabilità degli atti amministrativi che pone un limite di tempo certo al privato per impugnare l'atto amministrativo lesivo. In secondo luogo si rileva un contrasto con il principio del contraddittorio come corollario del diritto alla difesa nel processo consacrato dall'art. 24 Cost. in quanto i destinatari del provvedimento consequenziale non sarebbero anche parti del processo promosso avverso il provvedimento presupposto.

l'inefficacia del contratto e delle prestazioni già svolte nei casi di contratti di durata⁴².

Si introdussero così meccanismi volti a far salve le prestazioni eseguite fino all'annullamento dell'aggiudicazione ed a tutelare il terzo in buona fede⁴³. Il Giudice Amministrativo affermò così, accettando in qualche modo l'applicabilità della tesi della caducazione automatica, che gli atti della procedura ad evidenza pubblica sono sicuramente indipendenti rispetto a quelli della serie privatistica, ma sono in grado di condizionare l'efficacia del contratto, con la conseguenza che esso diviene inefficace *ab origine* qualora uno degli atti della procedura pubblicistica venga meno. Il contratto rimane comunque vincolante *inter partes*, finché non vengano adottate apposite iniziative da parte degli interessati⁴⁴.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, la caducazione automatica resisteva in qualche modo alle critiche della dottrina facendo leva sulla disposizione dell'art. 14 del d. lgs. 20 agosto 2002, n. 190 che prevede che nell'ambito della razionalizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non determina anche la risoluzione del contratto eventualmente

⁴² La caducazione automatica deve essere temperata dalla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede, in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2 e 25, comma 2 del cod. civ., ponendosi il problema delle tecniche di annullamento caducanti e determinanti l'inefficacia sopravvenuta del contratto in chiave giuspubblicistica, sulla sicurezza del traffico giuridico e sul principio di buona fede. Così Cons. Stato, Sez. IV, 30 Maggio 2003, n. 2992.

⁴³ Cons. Stato, Sez. IV, 30 Maggio 2003, n. 2992, osserva che anche in diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince contratti collegati in via necessaria, la perdita di efficacia di uno dei contratti, per effetto di una patologia o di una causa originaria o sopravvenuta che ne recida gli effetti, non ingenera un'ipotesi di invalidità degli altri contratti, ma innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale: fenomeno scolpito dal brocardo *simul stabunt, simul cadent*.

⁴⁴ Con la tesi della caducazione automatica si sposta così l'attenzione dai profili di invalidità negoziale ai profili di efficacia negoziale e si qualifica l'evidenza pubblica come un presupposto contrattuale la cui mancanza delegittima l'amministrazione alla stipula. Così S.S. Scoca, in *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, op. cit.

già stipulato. Sulla base di tale eccezione alla regola si sosteneva che, in tutte le altre ipotesi, l'annullamento dell'aggiudicazione comportasse anche la risoluzione della successiva fattispecie contrattuale.

L'applicazione della caducazione automatica sembrava poi confermata nella disposizione dell'art. 246 del D. Lgs. 163/2006, il Codice dei contratti pubblici, dove era previsto che la sospensione dell'affidamento di prestazioni relative ad infrastrutture ed insediamenti produttivi non comportasse la caducazione del contratto già stipulato ed il risarcimento, eventualmente dovuto, avviene per equivalente.

La norma introduce quindi il concetto di caducazione sostituendo quindi lo stesso alla risoluzione del contratto, volendo quindi dare una precisa copertura legislativa all'istituto di origine giurisprudenziale. Si riteneva anzi in dottrina, che ormai fosse pacifico che l'invalidità del contratto dipendesse dall'annullamento dell'aggiudicazione. Era però altresì pacifico che la mera illegittimità degli atti della sequenza pubblicistica di evidenza pubblica non producesse conseguenze sul contratto se non previo annullamento dell'intera procedura⁴⁵.

Si introduceva così il concetto, in luogo del concetto di nullità del contratto *ab origine*, per evitare che il principio cardine del sistema amministrativo di certezza nei rapporti e l'instabilità assoluta dei contratti, di inefficacia dello stesso.

La trasmissione dell'antigiuridicità dalla fase dell'evidenza pubblica, con effetti invalidanti o caducanti o interdittivi dell'efficacia del contratto, poteva avvenire solo a seguito della caducazione dell'aggiudicazione e mai indipendentemente da essa.

⁴⁵ Così G. Greco, in La trasmissione dell'antigiuridicità, in Dir. Proc. Amm. N. 2/2007.

Autorevole dottrina⁴⁶ sostenne che la tesi dell'inefficacia sopravvenuta potesse essere seguita solo in caso di annullamento della delibera a contrarre e non anche in caso di annullamento degli altri atti del procedimento ad evidenza pubblica, poiché questa si pone solo come antecedente, seppur autonomo, del contratto. Come antecedente può soltanto fornire una sorta di "certificazione" di idoneità dell'Amministrazione a stipulare un contratto, ma la legittimazione a contrarre si ha sin dalla delibera a contrarre.

A voler forzare l'applicazione della tesi della caducazione automatica del contratto con l'effetto di mantenere in vita il contratto non si risolve però il problema di garantire la certezza delle situazioni giuridiche oltre che garantire una tutela piena ed efficace del ricorrente vittorioso.

La caducazione automatica non sembra infatti preordinata a garantire al ricorrente vincitore la possibilità di acquisire la veste di contraente. Si pensi al caso in cui, l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia del contratto intervengano quando la prestazione contrattuale sia già stata eseguita in tutto o in parte. E' chiaro che in questi casi il vincitore potrebbe non avere più alcun interesse a divenire parte nel contratto con la p.a.. L'offerta economica presentata in sede di gara potrebbe essere considerata non più remunerativa.

⁴⁶ Così S. S. Scoca, in *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, op. cit. "Ma non sembra che nel caso del rapporto tra evidenza pubblica e contratto si possa parlare di legittimazione negoziale dipendente dalla non completa formazione della serie procedimentale pubblica. In tal modo si dovrebbe ritenere che è l'evidenza pubblica ad attribuire il potere di stipulare il contratto all'organo stipulante, ma così non è: è la legge che attribuisce in via generale il potere di contrarre alle amministrazioni, le quali sono legittimate per il solo tramite dell'adozione della delibera di contrarre."

Inoltre la condizione di inefficacia del contratto ben potrebbe essere rimossa in forza della riconduzione ad efficacia o in forza dell'eliminazione dell'atto che ha causato la patologia⁴⁷.

Sotto il profilo processuale poi, tale teoria portava con sé rilevanti conseguenze. In primis, non era necessaria una pronuncia costitutiva, ma bastava un pronuncia dichiarativa. Inoltre si radicava la competenza nelle mani del Giudice amministrativo che, all'atto dell'annullamento dell'aggiudicazione, poteva dare atto della caducazione del contratto, in forza dell'automatismo di cui si è parlato.

⁴⁷ Si rimarcava anche l'ambiguità del fenomeno della caducazione automatica del contratto la sua oscurità lessicale ed estraneità alle categorie abituali del diritto privato e del diritto pubblico. P.M. Zerman, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato* (commento alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 Maggio 2009, n. 3070);

3.TUTELA GIURISDIZIONALE: VECCHI E NUOVI ORIZZONTI

3.1L'evoluzione normativa

Le controversie sugli appalti pubblici ed in generale sui contratti pubblici sono state tradizionalmente ricondotte alla giurisdizione ordinaria o amministrativa sulla base del criterio della *causa petendi*. Si è osservato infatti che una volta che il contratto sia stato stipulato abbia natura di atto negoziale a tutti gli effetti, sia retto dalle norme di diritto civile e la p.a. opera in condizione di sostanziale parità con il contraente privato. Da qui, si osserva, le posizioni soggettive dei soggetti assumono la consistenza di veri e propri diritti soggettivi con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

La fase dell'evidenza pubblica che precede la stipulazione del contratto è invece disciplinata da norme pubblicistiche e la pubblica amministrazione esercita poteri autoritativi per cui ne consegue che le posizioni dei privati hanno natura di interesse legittimo ed in quanto tali rientrano nella giurisdizione di legittimità⁴⁸.

Una particolare branca della giurisdizione amministrativa è rappresentata dalla giurisdizione esclusiva che, nel nostro ordinamento, nasce con r.d.l. 19 ottobre 1923, n. 2311 in materia di pubblico impiego per essere poi estesa progressivamente ad una serie di controversie, nelle quali risultava difficoltoso l'individuazione del giudice competente sulla base del criterio di riparto individuato dalla legge abolitiva del contenzioso e poi dalla c.d. legge Crispi⁴⁹.

⁴⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269.

⁴⁹ Il sistema di giustizia amministrativa che si delinea con la legge abolitiva del contenzioso e con la legge Crispi è frutto di un modello continentale del diritto amministrativo che si fonda sulla forza del potere esecutivo inteso come potere speciale e privilegiato, e la concezione dell'amministrazione come *longa manus* dello stesso governo.

Così, in forza del principio di separazione dei poteri, si sentì l'esigenza di limitare i poteri del giudice ordinario sull'atto amministrativo per l'istituzione di un giudice che avesse il potere di annullare l'atto amministrativo a garanzia della specialità del sistema.

La Carta Costituzionale svolge poi il lavoro più importante. Da una parte infatti assegna, all'art. 24, pari dignità ad entrambe le posizioni giuridiche dando il via e la giustificazione al riconoscimento della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo. Dall'altra parte tuttavia, l'art. 103 fonda il riparto di giurisdizione ordinaria ed amministrativa sulla differente situazione giuridica soggettiva vantata dal privato, ovvero diritto soggettivo o interesse legittimo, presupponendo quindi una diversità dal punto di vista sostanziale. Sempre all'art. 103 poi, si legittima il ricorso alla giurisdizione esclusiva nelle "particolari" materie individuate dal legislatore ordinario in cui la giurisdizione si estende anche ai diritti. All'art. 133, co. 3° poi, si afferma la cosiddetta "giustiziabilità" degli atti amministrativi, così che contro gli atti amministrativi è sempre ammessa la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive "senza esclusione o limitazioni".⁵⁰

La giurisdizione esclusiva nasce quindi come sommatoria di due principali azioni, quella di accertamento a tutela dei diritti soggettivi e quella costitutiva a presidio degli interessi legittimi. Il legislatore ha cioè voluto assegnare alla giurisdizione esclusiva uno spazio in cui l'amministrazione opera sia in regime di diritto pubblico sia in regime di diritto privato con la conseguente presenza di una situazione di inestricabilità tra diritto pubblico e diritto privato⁵¹.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 103, Cost. *"Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interesse legittimi e, in particolari materie indicate dalla Legge, anche dei diritti soggettivi"*. La Carta Costituzionale rimette in sostanza al legislatore ordinario il compito di indicare le particolari materie sulle quali il Giudice Amministratore conosce sia degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi.

⁵¹ Così anche M.C. Cavallaro, in La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, op. cit.

E' bene ora ripercorrere l'evoluzione normativa subita dalla giurisdizione esclusiva sicuramente condizionata dagli influssi della giurisprudenza in merito⁵².

Sull' assetto delineato dalla giurisprudenza si è innestato l'art. 33 del D. Lgs. 80/1998 poi recepito dall'art. 6, comma 1 della Legge 205/2000, con la cui norma il legislatore ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento svolte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria. Tale disposizione è stata poi abrogata per essere recepita dall'art. 244 del Codice dei contratti pubblici, a sua volta abrogato e sostituito dall'art. 133, comma 1, lett. e) del Codice del processo amministrativo⁵³.

Ora le controversie relative a procedure di affidamento sono state attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo a prescindere quindi dalla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi.

Dalla lettera della norma si evince che la giurisdizione esclusiva si estende a tutti i settori dei contratti passivi della pubblica amministrazione. Dal punto di vista

⁵² La distinzione tra giurisdizione di legittimità ed esclusiva è oggi esplicitata dal Codice del processo amministrativo. L'art. 7 infatti dopo aver statuito che *"sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla Legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni"*, precisa che *"la giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito"* chiarendo che, *"nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla Legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi"*.

⁵³ L'art. 133, comma 1, lett. e) del Codice del processo amministrativo prevede *"Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, ...le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi comprese quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative"*.

soggettivo la norma rinvia alle disposizioni comunitarie ed interne che stabiliscono quali soggetti siano tenuti a seguire le procedure ad evidenza pubblica.

Sul piano soggettivo la giurisdizione esclusiva prescinde dalla natura pubblica o privata della stazione appaltante ed opera anche quando le procedure di affidamento siano state poste in essere da soggetti privati purché gli stessi siano soggetti all'applicazione della normativa comunitaria ed al rispetto delle norme interne in materia di appalti.

Innovazione legislativa dettata dall'estensione del concetto di soggetto pubblico operata dal diritto comunitario, e dall'esigenza di sottoporre alla giurisdizione di un unico giudice la cognizione dell'intera materia di che trattasi⁵⁴.

Sul fronte oggettivo invece, l'art. 244 del Codice dei contratti non utilizza il concetto di appalto ma parla di affidamento ricomprendendo quindi nell'applicazione della relativa disciplina tutti i sistemi di affidamento, sia tradizionali sia di nuova istituzione come l'appalto integrato piuttosto che la concessione di servizi ed opere, solo per citarne qualcuno.

L'art. 133, comma 1, lett. e) del Codice del processo amministrativo include poi nella giurisdizione del giudice amministrativo anche le controversie risarcitorie.

L'indagine sul riparto di giurisdizione può quindi ben essere ricostruita suddividendo e distinguendo quattro fasi:

- La fase anteriore all'entrata in vigore del d. lgs. 80 del 1998 e della L. 205 del 2000;
- La fase compresa tra il varo del d. lgs. 80 del 1998 e della L. 205 del 2000 e l'intervento della sentenza della Consulta n. 204 del 2004;

⁵⁴ Il diritto comunitario opera quindi un'estensione della pubblica amministrazione riconducendo ad attività di tipo pubblicistico anche soggetti di diritto privato che laddove operanti alla stregua di p.a. aggiudicatrici vengono qualificati come p.a. in senso soggettivo.

- La fase successiva agli arresti della Consulta del 2004;
- La fase che prende l'avvio con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici.

3.2 Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 80 del 1998..

Prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 80 del 1998 e della L. 205 del 2000, le controversie in tema di appalti pubblici erano ripartite tra il giudice ordinario ed il giudice amministrativo facendo applicazione del generale criterio di riparto basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Tale distinzione trovava la sua origine nella distinzione tra fase pubblicistica e fase privatistica tra loro collegate in rapporto di successione cronologica e separate dal concludersi del contratto di diritto pubblico⁵⁵.

Tutte le controversie che riguardassero lo svolgersi del procedimento ad evidenza pubblica soggiacevano alla giurisdizione del giudice amministrativo poiché le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, ponendosi di fronte al potere della p.a., avevano natura di interesse legittimo.

Una volta raggiunta la fase dell'aggiudicazione definitiva con conseguente costituzione del vincolo negoziale, si riteneva riemergessero posizioni di diritto

⁵⁵ Secondo una prima applicazione della L. 2248/1865 (Legge sul contenzioso amministrativo), la tutela del rapporto contrattuale, coinvolgente questioni di diritti, era attratta alla giurisdizione del giudice ordinario, anche laddove oggetto della cognizione fossero le fasi del procedimento amministrativo per la scelta del contraente. Successivamente, sulla scorta dell'affermazione teoria della degradazione dei diritti ad interessi legittimi di fronte al provvedimento amministrativo, la tutela giurisdizionale si assesta su un doppio binario: al giudice amministrativo spettano le controversie relative ai procedimenti cd. Di evidenza pubblica, al giudice ordinario quelli inerenti l'esecuzione e la gestione del rapporto negoziale.

soggettivo così da legittimare una competenza del giudice ordinario a conoscere delle controversie involgenti tale fase⁵⁶.

3.3 Il riparto di giurisdizione a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 80 del 1998 e della L. 205 del 2000.

L'art. 33 del d. lgs. 80 del 1998 recante “*Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa*”, nella sua formulazione originaria⁵⁷ recitava “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi”, tra cui “in particolare quelle aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale”⁵⁸.

Con tale disposizione si dice che il legislatore abbia voluto definitivamente superare il contrasto giurisprudenziale sorto in sede di individuazione del giudice cui assegnare le controversie relative all'affidamento di appalti da parte di soggetti privati tenuti all'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica.

⁵⁶ “Nei pubblici appalti, una volta concluso il contratto - il che, ai sensi dell'art. 16, R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, si verifica anche sulla base del verbale di aggiudicazione definitiva qualora non vi sia stata espressa riserva dell'amministrazione di rinviare la costituzione del vincolo alla stipula formale - la giurisdizione in ordine alle azioni del privato contraente intese ad annullare il contratto medesimo spetta al giudice ordinario quando l'azione investa non le modalità della gara, bensì il vincolo scaturito dall'aggiudicazione, con la deduzione di vizi attinenti alla sfera negoziale ed in particolare alla determinazione del prezzo, come nel caso in cui si controverta sulla normativa - civilistica o pubblicistica - da applicarsi di fronte ad una clausola del bando che risolva in favore dell'amministrazione la discordanza tra prezzo indicato in lettere e prezzo indicato in cifra nel contesto dell'offerta” così Cass. Civile, sez. un. 17 giugno 1991, n. 6846.

⁵⁷ Prima della pronuncia della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204.

⁵⁸ La disciplina di questo decreto è stata sostanzialmente riprodotta dalla Legge 205/2000.

La diversità delle posizioni assunte dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato nel delineare criteri di delimitazione e diversificazione degli ambiti giurisdizionali da riservare al giudice ordinario e al giudice amministrativo, ed in modo particolare sull'aspetto riguardante le controversie sugli atti delle procedure ad evidenza pubblica espletate da soggetti formalmente privati, si è manifestata in alcune decisioni del Consiglio di Stato per poi essere superata per effetto dell'inversione di rotta compiuta dalla Corte di Cassazione.

Il contrasto interpretativo ha riguardato, dapprima, la questione della accettabilità teorica di quell'indirizzo interpretativo che, configurando il concessionario pubblico come "organo indiretto" della pubblica amministrazione, ne sottolineava la qualificazione pubblicistica dei relativi atti e la riconduzione delle controversie ingenerate dalla loro adozione all'alveo della giurisdizione amministrativa. Successivamente la distanza che ha caratterizzato gli indirizzi ermeneutici delle due Corti si manifestò riguardo al tema afferente alla capacità del diritto comunitario e delle relative nozioni di pubblica amministrazione di spiegare effetti nella ricostruzione della nozione nazionale di atto amministrativo e nella conseguente perimetrazione degli spazi di giurisdizione da assegnare al giudice amministrativo⁵⁹.

⁵⁹ Tra le pronunce più significative in questo senso, che sottolineano la frattura caratterizzante le ricostruzioni ermeneutiche si segnala la decisione del Consiglio di Stato n. 1478 del 28 ottobre 1998. Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha dovuto stabilire se la controversia insorta in relazione alla legittimità dell'operato posto in essere nell'ambito di una procedura concorsuale indetta per l'affidamento di lavori da una società a totale partecipazione pubblica preposta alla costruzione dell'interporto di Livorno dovesse rientrare nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario o amministrativo. Con tale decisione il Consiglio di Stato confuta la tesi sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulla natura amministrativa degli atti posti in essere da soggetti di questo tipo ricorrendo alla qualificazione del concessionario come organo indiretto della pubblica amministrazione ma allo stesso tempo arriva alla conclusione di ricondurre l'Interporto toscano nella nozione di pubblica amministrazione affermatasi nel diritto comunitario, ed in particolare nella definizione di organismo di diritto pubblico.

La tesi dell'organo indiretto invece è sempre stata sostenuta dalla Corte di Cassazione, elaborata e sostenuta per giustificare la riconducibilità alla pubblica amministrazione degli atti posti in essere da soggetti formalmente privati⁶⁰.

Perché possa affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo e prima ancora la natura amministrativa degli atti posti in essere è condizione indefettibile quindi, a detta della Corte, che il soggetto che li pone in essere sia riconducibile, anche indirettamente, alla pubblica amministrazione.

Si ha quindi da parte della Corte di cassazione una valorizzazione dell'elemento soggettivo che viene ribadita in più pronunce.

Muovendo quindi dalla teoria dell'organo indiretto e dall'idea sottostante che ravvisa nell'esistenza del provvedimento concessorio l'elemento idoneo ad attrarre nel campo pubblicistico un soggetto formalmente privato, la Corte ha affermato che l'attività negoziale espletata dalla società per azioni a partecipazione pubblica locale non legata anche da un rapporto concessorio all'ente pubblico, mantiene natura privatistica con la conseguenza che le controversie eventualmente promosse sono devolute alla giurisdizione ordinaria⁶¹.

I principi enunciati dalla Corte possono pertanto essere sintetizzati in due passi: da una parte il principio che ammette la validità teorica della nozione di organo indiretto, ravvisandone però il fondamento nella sussistenza del provvedimento concessorio, dall'altra parte il principio che esclude l'utilizzabilità delle nuove forme organizzatorie di carattere pubblicistico coniate dal diritto comunitario.

⁶⁰ Nella sentenza 29 Dicembre 1990 n. 12221 le sezioni unite della Cassazione hanno sostenuto che il concessionario privato di costruzione di opera pubblica, per effetto del provvedimento concessorio, in quanto investito di pubbliche funzioni proprie dell'Ente con concedente deve considerarsi organo indiretto della pubblica amministrazione con la conseguenza che i relativi atti considerati amministrativi sotto il profilo oggettivo e soggettivo debbano essere impugnati nanti il giudice amministrativo.

⁶¹ Così Cass. Civ. Sez. Un. 3 dicembre 1991 n. 12966.

Tesi ampiamente criticata dal Consiglio di Stato.

I contrasti ermeneutici sul punto su esplicitati sono stati superati per effetto del varo del d. lgs. 80 del 1998 che all'art. 33, co. 2, lett. e) ha assegnato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie *aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale.*

L'art. 6 della L.205/2000 ha poi devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, *svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.*

L'intervenuta Legge 205 ha quindi completato il procedimento di riforma della materia ampliando la giurisdizione esclusiva concepita dal d. lgs. 80 del 1998 per arrivare ad una politica legislativa di riparto della giurisdizione basata su "blocchi di materie".

Il fascio applicativo della norma risulta quindi essere più ampio rispetto alla prima formulazione contenuta nel d. lgs. 80 del 1998. Sotto il profilo oggettivo la norma abbraccia infatti non solo gli appalti pubblici strettamente intesi ma anche gli affidamenti diversi dal tradizionale appalto quali la concessione o il project financing. Sotto il profilo soggettivo la norma coinvolge tutti i soggetti diversi dalla tradizionale pubblica amministrazione quali le società a partecipazione pubblica, i soggetti privati che fruiscono di finanziamenti pubblici, gli organismi di diritto pubblico.

Al contempo, il d. lgs. 80 del 1998, con gli artt. 33 e 35 ha mutato le regole del riparto della giurisdizione esclusiva, ascrivendo al Giudice amministrativo la

cognizione dei diritti consequenziali e la reintegra in forma specifica⁶², oltre ad averlo munito dei necessari poteri cognitori per far fronte ai nuovi compiti, con l'utilizzo dei mezzi istruttori codificati dal codice di procedura civile, quali ad esempio l'utilizzo dello strumento della consulenza tecnica.

E' bene sottolineare però che l'art. 6 della L. 205 del 2000 nel devolvere tutte le controversie relative alle procedure di affidamento alla giurisdizione del giudice amministrativo fa riferimento alla sola fase pubblicistica, lasciando fuori quella relativa all'esecuzione del rapporto. Rimane pertanto affidata alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione delle controversie riguardanti diritti ed obblighi scaturenti dal contratto di appalto concluso⁶³.

Tale restrizione dal punto di vista oggettivo è stata per lungo tempo il confine esterno della giurisdizione esclusiva così concepita dal legislatore del 1998 e del 2000. La giurisdizione esclusiva è poi altresì esclusa quando manchi qualsiasi procedura di affidamento ovvero qualsiasi procedura di scelta del contraente imposta dal diritto comunitario o da quello nazionale⁶⁴.

⁶² Da qui la riscrittura dell'art. 7 della Legge Tar e l'abrogazione in una prima fase solo parziale, dell'art. 13, L. 142 del 1992 e delle altre disposizioni che in materia di appalti pubblici, obbligavano l'interessato a promuovere l'annullamento dell'atto innanzi al giudice amministrativo quale condizione per la successiva proposizione innanzi al giudice ordinario della domanda risarcitoria.

⁶³ Da qui è invalsa nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la nozione di diritti soggettivi di fonte contrattuale, in presenza dei quali la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, così Cass. Civ, sez. un., 27 giugno 2002 n. 9338.

⁶⁴ Sul problema dell'estensibilità della portata del disposto della L. 205 del 2000 si è di recente espresso il TAR Piemonte 6 giugno 2006, n. 2256 sostenendo che il tenore testuale dell'art. 6 della L. 205 non ne consenta l'estensione al di là dei casi in cui sia una precisa disposizione normativa, comunitaria o nazionale, a regolare la procedura di affidamento, connotandola in termini pubblicistici ed in questo senso depone la stessa terminologia utilizzata dal legislatore che fa riferimento appunto, ad una specifica normativa (comunitaria e nazionale). Il legislatore porrebbe in sostanza un vincolo alla libertà di scelta contrattuale che, nel caso in cui si tratti di un soggetto pubblico appare del tutto naturale, nel caso in cui invece ad affidare un appalto sia un soggetto privato si ha una vera e propria eccezione al "sistema" posto che quest'ultimo si muove nell'ordinamento utilizzando liberamente i canoni e le regole proprie del diritto civile. Pertanto, conclude il tribunale amministrativo regionale, qualora si sia in presenza di un appalto di forniture in

Inoltre se Sezioni Unite della Corte di cassazione, in linea con l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, hanno disatteso l'indirizzo secondo cui, anche quando un soggetto pubblico non è direttamente obbligato all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, si ha comunque un obbligo di rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario nonché dei principi che regolano la materia dei contratti pubblici.

Si è colta così la portata rivoluzionaria delle norme citate non solo nell'individuazione dei parametri afferenti il riparto di giurisdizione ma anche nel ruolo riconosciuto al giudice amministrativo, destinato a trasformarsi, in modo sempre più marcato, da giudice dell'interesse legittimo a giudice tendenzialmente naturale della Pubblica amministrazione⁶⁵.

3.4...Poi interviene la sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204.

Con l'entrata in vigore dell'art. 6 della L. 205 del 2000 secondo cui “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale” prende avvio la seconda fase in cui si ritiene che rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche il contenzioso in tema di responsabilità precontrattuale.

“settore escluso” di valore inferiore alla soglia comunitaria, la giurisdizione amministrativa non può operare stante l'assenza di “normativa” vincolistica.

⁶⁵ Così, R. Garofoli – G. Ferrari, in Manuale di diritto amministrativo, op. cit.

Tale impostazione viene esaminata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204, che interviene altresì per dichiarare l'illegittimità dell'art. 33 del d. lgs. 80 del 2008.

In primo luogo, si è detto, la procedura di affidamento viene a concludersi ed a produrre quindi effetti giuridici per la pubblica amministrazione solo con la stipula del contratto, salvi i casi di aggiudicazione immediatamente vincolante per entrambe le parti. Per cui si ritiene che il diniego di stipula del contratto sia un atto interno alla procedura di affidamento rispetto alla quale sussiste la giurisdizione esclusiva. Inoltre, si può correttamente affermare che l'attività della pubblica amministrazione che si opponga all'aspettativa dell'aggiudicatario abbia natura provvedimentale sia per le finalità che persegue sia per la posizione di sostanziale soggezione cui versa l'impresa nei confronti della p.a..

L'impresa infatti dopo l'aggiudicazione è titolare di una posizione di interesse che, seppure qualificato, non può assurgere al rango di diritto alla stipula o all'approvazione, per cui ogni lesione che possa derivare dai provvedimenti che travolgano l'aggiudicazione per ragioni di pubblico interesse, farà sorgere un contenzioso che sarà devoluto al giudice dell'attività amministrativa provvedimentale.

La fase del procedimento che segue all'aggiudicazione quindi non può essere gestita solo in termini negoziali ma resta gestita dalla pubblica amministrazione su parametri tendenzialmente autoritativi.

Focalizzando il discorso sul tema della responsabilità precontrattuale occorre prendere le mosse dai rapporti tra privati nei quali la buona fede *in contrahendo* soddisfa, attraverso obblighi reciproci di lealtà e salvaguardia, due esigenze di pari livello quali la libertà contrattuale e la solidarietà contrattuale. Nei rapporti tra pubblica amministrazione e operatori economici invece si tratta di temperare

esigenze non certamente equiordinate come quelle di tutela dell'affidamento ed il perseguimento necessario del pubblico interesse.

Dal punto di vista processuale poi, si nota come le controversie risarcitorie siano azionabili di norma in via subordinata alla contestuale impugnazione dell'atto autoritativo. Così che imporre al privato di adire dapprima il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto e successivamente adire il giudice ordinario per ottenere il risarcimento sarebbe assolutamente ingiustificato e si porrebbe in contrasto col principio di concentrazione della tutela⁶⁶.

Si osserva però che la fattispecie della responsabilità precontrattuale va a riguardare aspetti che vanno oltre il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, aspetti ulteriori inoltre rispetto alla disciplina sul procedimento che possono essere ben inquadrati nella disciplina generale di cui all'art. 1337 c.c.⁶⁷.

La responsabilità precontrattuale quindi, che tutela le condotte non conformi al principio di buona fede ed il corretto svolgimento della libertà contrattuale, richiama obblighi comportamentali validi *erga omnes* e gravanti anche sulla pubblica amministrazione che non potrebbe pertanto in nessun modo vantare posizioni particolari. Per cui, ai fini della giurisdizione, non rileverebbe la natura particolare del rapporto instauratosi tra la pubblica amministrazione e l'impresa ma il diritto dell'operatore economico di vedere rispettati i canoni di buona fede ex art. 1337 c.c. dalla pubblica amministrazione nella fase precontrattuale.

L'Adunanza Plenaria parte da tale assunto per sostenere che il giudice amministrativo è chiamato non solo a conoscere delle controversie che abbiano per

⁶⁶ Così come contraria al principio di concentrazione della tutela è la circostanza in cui il privato adisce il giudice amministrativo per ottenere il risarcimento da tutela generale aquiliana e da contatto e fosse costretto ad adire il giudice ordinario per ottenere la tutela precontrattuale.

⁶⁷ L'art. 1337 c.c. rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale" recita: " Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede (rimando all'art. 1175 c.c.).

oggetto interessi legittimi del privato che si sostanziano nella richiesta di annullamento di atti, ma il giudice amministrativo deve conoscere anche degli affidamenti suscitati nel privato.

Ed invero, l'art. 6 della L. 205 del 2000, prevede la cognizione da parte del giudice amministrativo sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi che si originano dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica.

In tali ipotesi si ha una commistione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del pubblico potere, che si pone come *condicio sine qua non* per la legittimità costituzionale delle materie conferite al giudice amministrativo.

Con la sentenza n. 204 del 2004 la Corte Costituzionale da un lato quindi, sottolinea l'esigenza di assicurare anche all'interesse legittimo una tutela piena in conformità al disposto dell'art. 24 Cost., dall'altra impone un ritorno alla giurisdizione esclusiva entro il perimetro tracciato dall'art. 103 della Costituzione, sottolineando il carattere eccezionale della qualificazione del giudice amministrativo come giudice anche di diritti.

L'eccezionalità della previsione è e deve essere legata all'inestricabile intreccio tra diritti ed interessi legittimi e trova giustificazione nel fatto che l'attività della pubblica amministrazione sia riconducibile all'esercizio del potere⁶⁸.

Un altro problema interpretativo che la Corte Costituzionale affronta è legato alla questione del risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dell'interesse legittimo spettante alla giurisdizione del giudice amministrativo, affermando che la

⁶⁸ Resta pertanto escluso dall'ambito della giurisdizione esclusiva quelle attività nelle quali l'amministrazione opera alla stregua di un soggetto privato mentre trova piena giustificazione la previsione della giurisdizione esclusiva in tema di accordi tra pubblica amministrazione e privati ex art. 11 della L. 241/1990.

tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non è da intendersi esclusivamente come materia assegnata al giudice amministrativo, ma come potere processuale a questi riconosciuto.

La questione investe tutti i casi legati al risarcimento dell'interesse legittimo oppositivo in cui, se prima dell'entrata in vigore della L. 205 del 2000, dopo l'annullamento dell'atto, veniva investito il giudice ordinario in quanto giudice dei diritti, ora della stessa questione rimane investito il giudice amministrativo. Ora, se ci si trova nell'ambito della giurisdizione esclusiva non sorgono particolari problemi poiché si tratterebbe di riconoscere al giudice amministrativo un potere di condanna a garanzia del diritto; se invece, ci si trova dinanzi ad una giurisdizione generale di legittimità si ammette che il giudice degli interessi legittimi riconosca il danno cagionato ai diritti. Il giudice amministrativo diventa cioè l'unico giudice che possa pronunciarsi sul risarcimento dei danni conseguente all'illegittimo esercizio del potere, secondo un modello che sembra più simile ad una giurisdizione esclusiva per blocchi di materie, in questo caso la materia del risarcimento danni⁶⁹.

3.5 Le posizioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato

Sul tema relativo alle vicende del contratto stipulato tra la pubblica amministrazione e l'aggiudicatario in conseguenza dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione, sono poi intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 27169 del 2007, in particolare sull'aspetto della giurisdizione.

La Suprema Corte ha osservato, in linea con gli indirizzi espressi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, che solo il contenzioso concernente

⁶⁹ Così M.C. Cavallaro, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Dir. Proc. Amm. N. 3/2010.

la fase pubblicistica dell'attività negoziale della pubblica amministrazione sarebbe stato attratto alla cognizione del giudice amministrativo.

L'intera procedura di scelta del contraente nella quale si forma la volontà della pubblica amministrazione, che prende l'avvio con la determinazione a contrattare e culmina con la determinazione di aggiudicazione, si osserva, non è libera ma si snoda attraverso una serie di atti caratterizzato dall'esercizio di poteri discrezionali e vincolati. Il provvedimento di aggiudicazione rappresenta quindi il "confine esterno" della giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella seconda fase, la pubblica amministrazione ed il contraente si trovano invece in una posizione paritaria, le posizioni giuridiche soggettive vantate assumono la consistenza di diritti soggettivi ed il rapporto giuridico che si instaura diventa lo spartiacque tra le due giurisdizioni, amministrativa e ordinaria.

Tale impostazione è stata poi ripresa e confermata dalla stessa Corte con la sentenza Sez. Un. N. 19805/2008.

La questione è poi approdata all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato intervenuta con la sentenza 30 luglio 2008, n. 9.

Con tale pronuncia da un lato non ci si discosta dall'orientamento della Corte di Cassazione, precisando che il limite della giurisdizione del giudice amministrativo è rappresentato dal provvedimento di aggiudicazione che segna la fine della procedura ad evidenza pubblica⁷⁰. Dall'altra, si precisa che la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni così da vincolare il successivo esercizio del potere amministrativo.

⁷⁰ Al punto 6 si legge *"si ritiene di non doversi discostare dal delineato orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo"*.

In sede di esecuzione della sentenza quindi l'amministrazione non avrebbe potuto quindi non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione⁷¹. Nel caso in cui la stessa non si fosse conformata ai principi contenuti nella sentenza, ovvero in caso di inerzia, il ricorrente vincitore avrebbe potuto azionare il giudizio di ottemperanza nel quale il giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione di merito, avrebbe potuto sindacare in modo pieno e completo, adottando tutte le misure necessarie e opportune per dare esatta esecuzione alla sentenza.

Dalla posizione dell'Adunanza Plenaria si ricava un'assoluta impossibilità per il giudice di cognizione di garantire il risarcimento in forma specifica con condanna ad un *facere* specifico, per cui, seppur rientrante la materia degli appalti pubblici, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, restano comunque estranee alla cognizione del giudice amministrativo le domande inerenti la fase di esecuzione del contratto. Alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può quindi solo conseguire il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica, poiché la stessa esula dai poteri giurisdizionali amministrativi. Il travolgimento degli effetti del contratto troverebbe la sua sede naturale nel giudizio di ottemperanza.

Il ricorrente vittorioso potrebbe cioè adire nuovamente il giudice che si è pronunciato sulla demolizione della gara, domandando allo stesso l'emissione di un ordine di esecuzione della sentenza di annullamento, ed in caso di inerzia dell'amministrazione, la nomina di un commissario ad acta chiamato ad adottare l'atto di autotutela non assunto dall'amministrazione.

⁷¹ La Plenaria ha chiarito che dal giudicato di annullamento del provvedimento di aggiudicazione discende l'obbligo per l'amministrazione di adottare atti di ritiro del consenso a suo tempo prestatato per la stipula del contratto d'appalto procedendo quindi in via di autotutela alla sua risoluzione o all'annullamento.

Dalla pronuncia risulta quindi rafforzato il potere del giudice amministrativo che può comunque intervenire sulla vicenda negoziale seppur attraverso la mediazione del commissario ad acta⁷².

3.6 Il nuovo art. 244 del Codice dei Contratti pubblici

Sul riparto di giurisdizione in tema di contratti pubblici interviene da ultimo il Codice dei contratti pubblici che all'art. 244 stabilisce: "1 Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi comprese quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente e del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. 2 Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'autorità. 3 Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata e periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, co. 3 e 4".

L'art. 244 del Codice dei contratti quindi stabilisce che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie (ivi comprese quelle risarcitorie) concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e

⁷² La Plenaria farebbe così propria la teoria secondo cui nel giudizio amministrativo l'ammissibilità di un ordine di *facere* sia relegata alla fase di ottemperanza. Così B. Spatola, "Annullamento della aggiudicazione e sorte del contratto: dopo le SS.UU. della Cassazione si pronuncia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nota a A.P. Cons. di Stato n. 9/2008)".

forniture, con esclusione di ogni domanda relativa alla fase di esecuzione del contratto. Il problema, oggetto peraltro di questa tesi, è capire a quale giudice spetti la giurisdizione sulla sorte del contratto nel caso in cui sia annullata l'aggiudicazione.

Problema che ha suscitato contrasti tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato che, solo apparentemente, sembrano essere stati superati con la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione 23 Aprile 2008, n. 10443, con la quale viene affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulle domande volte ad ottenere l'accertamento dell'inefficacia del contratto, qualora sia stata annullata l'aggiudicazione dal giudice amministrativo.

Con l'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008, il Consiglio di Stato sembra accogliere l'indirizzo prospettato dalla Corte di Cassazione, sostenendo tuttavia che il giudice amministrativo possa conoscere delle domande volte ad ottenere una tutela risarcitoria per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica, poiché incidendo sul contratto e quindi sulla fase negoziale, esulerebbe dai poteri giurisdizionali amministrativi. L'Amministrazione, a detta del Consiglio di Stato, deve però, nell'emanare provvedimenti conseguenti all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara, uniformarsi ai principi enunciati nella sentenza di annullamento, con la conseguenza che, nel caso in cui l'Amministrazione dovesse discostarsene, il privato potrebbe adire la via del giudizio di ottemperanza.

Pertanto, sulla base del ragionamento del Consiglio di Stato, la cognizione ritorna al giudice amministrativo per tutti i provvedimenti conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione e quindi, per certo, tutti quei provvedimenti che regolano i rapporti tra privato e pubblica amministrazione (rapporti anche di tipo negoziale). Anche al di là pertanto della disposizione di cui all'art. 244 del Codice dei contratti che esclude la giurisdizione esclusiva per ogni domanda che riguardi la fase di esecuzione del contratto.

Si osserva inoltre⁷³ che il privato, non avrà verosimilmente alcun dubbio, posto di fronte all'alternativa se adire il giudice ordinario per ottenere una pronuncia di accertamento sull'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia stata annullata, ovvero adire il giudice amministrativo per ottenere l'ottemperanza del giudicato di annullamento dell'aggiudicazione.

⁷³ Così M. C. Cavallaro, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, op. cit.

4 L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA N.66/2007

4.1 Premesse

Il recepimento nell'ordinamento italiano della nuova direttiva ricorsi n. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 avviene con il D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, direttiva che si pone l'obiettivo di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici⁷⁴.

Con il d. lgs. 53/2010 poi trasfuso, per la parte processuale, con alcune modifiche nel Codice del processo amministrativo, il legislatore si pone l'obiettivo di garantire l'interesse del partecipante alla gara, illegittimamente non risultato vincitore, ad ottenere l'appalto, a soddisfare quindi in via specifica il suo interesse ad aggiudicarsi l'appalto⁷⁵.

L'obiettivo della direttiva ricorsi è quello di tutelare l'obiettivo primario degli operatori economici del conseguimento dell'aggiudicazione della gara, della stipula del contratto e dell'esecuzione del contratto. Tali obiettivi sono assicurati dal legislatore attraverso cinque novità normative.

In primo luogo viene disciplinato l'obbligo di tutte le stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio, o sospensivo che dir si voglia, tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto. Tale termine dovrà essere prorogato se l'interessato propone un ricorso giurisdizionale alla stazione appaltante. Si vuole così stabilire un rimedio preventivo rispetto ad un contratto che non può essere stipulato a causa di varie illegittimità.

⁷⁴ La normativa comunitaria modifica le Direttive n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE con l'obiettivo di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

⁷⁵ Così E. Follieri, I poteri del giudice amministrativo nel d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, in Dir. Proc. Amm. N. 4/2010.

Inoltre nella direttiva di che trattasi sono previste delle ipotesi in cui l'accertata violazione di norme comunitarie debba comportare la privazione degli effetti del contratto eventualmente stipulato. A tal proposito, gli stati membri possono scegliere se prevedere, nel recepimento della direttiva, la privazione degli effetti del contratto o alternativi sistemi sanzionatori.

Si prevede altresì il principio secondo cui gli ordinamenti nazionali possono decidere di limitare la tutela dei soggetti lesi dalla disciplina comunitaria di aggiudicazione degli appalti pubblici al solo risarcimento del danno senza prevedere anche l'affidamento dell'aggiudicazione stessa e la privazione degli effetti del contratto medio tempore stipulato. Si prevede poi la possibilità per gli stati membri di stabilire se la domanda di risarcimento dei danni debba essere subordinata alla tempestiva richiesta di annullamento degli atti ritenuti illegittimi⁷⁶.

⁷⁶ La direttiva inoltre, pur insistendo sull'essenzialità della tutela cautelare, prevede che gli stati membri possano prevedere che il giudice, nel pronunciarsi sull'istanza debba tenere conto delle conseguenze dei provvedimenti cautelari su tutti gli interessi che possono essere lesi.

4.2 Il nuovo rito “super-accelerato” e l’effetto sospensivo nei criteri di delega

Il Decreto legislativo 53/2010 di recepimento della direttiva comunitaria 66/2007 realizza una vera e propria rivoluzione nel contenzioso degli appalti pubblici prevedendo, tra le altre, due novità normative di assoluto rilievo: da una parte la creazione di un rito speciale sugli appalti di tipo “super-accelerato”, dall’altra prevede una puntuale disciplina, processuale e sostanziale, sulla sorte del contratto in seguito all’annullamento dell’aggiudicazione⁷⁷.

La norma di delega contiene precise disposizioni che investono gli istituti processuali e che sembrano andare oltre quanto richiesto dalla disciplina comunitaria. In particolare si fa riferimento alla disposizione che prevede che i provvedimenti delle procedure di affidamento siano impugnati entro un termine non superiore a trenta giorni dalla ricezione e i bandi entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Si viene a toccare così il problema della riduzione dei termini per la proposizione del ricorso. Si dispone inoltre che i bandi, nel caso siano immediatamente lesivi, e le esclusioni, siano impugnati autonomamente e non

⁷⁷ Gli aspetti più salienti della nuova normativa sono, oltre a quelli già annunciati nel testo: la previsione di un termine dilatorio con effetti sospensivi, fissato in 35 giorni, intercorrente tra la comunicazione di aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto; un’ulteriore sospensione obbligatoria ed automatica del termine in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale, purché accompagnato da domanda cautelare; una puntuale previsione delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto di tali termini dilatori, come l’inefficacia del contratto eventualmente stipulato o l’applicazione di sanzioni alternative; la previsione di una particolare forma di accesso “immediato” alla documentazione di gara; l’affermazione esplicita della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie riguardanti la sorte del contratto conseguente all’annullamento dell’aggiudicazione; la disciplina dell’obbligo della parte interessata di comunicare l’intenzione di proporre ricorso giurisdizionale alla stazione appaltante; l’accurata disciplina dei casi in cui l’annullamento dell’aggiudicazione comporta l’inefficacia del contratto che sarà meglio evidenziata nel presente lavoro.

possono essere impugnati unitamente all'aggiudicazione definitiva⁷⁸. Disposizione che non trova ulteriore sviluppo nel decreto legislativo.

Si dispone inoltre che il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione ed abbreviazione dei termini vigenti di proposizione del ricorso, di costituzione delle parti, dei motivi aggiunti e dei ricorsi incidentali. Tutti i ricorsi e gli scritti di parte devono poi essere presentati al giudice in forma sintetica e tutti i ricorsi relativi alla stessa procedura di affidamento sono concentrati nello stesso giudizio ovvero riuniti.

La norma di delega prevede poi il recepimento dell'art. 2 della Direttiva 89/665/CEE e l'art. 2 della Direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE prevedendo l'ulteriore sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva⁷⁹. Viene precisato inoltre che il ricorso debba essere accompagnato da contestuale domanda cautelare e rivolto al giudice competente.

La *ratio* è quella di prevedere un ulteriore rito accelerato, velocizzato appunto dalla presenza della domanda cautelare e dalla sua attitudine a precludere la stipulazione del contratto. Il criterio di delega specifico prevede quindi la preclusione alla stipulazione del contratto che opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di

⁷⁸ Per parte della dottrina si tratta di un criterio di dubbia utilità poiché sembra sottintendere l'idea secondo cui non è necessaria la successiva impugnazione dell'atto di aggiudicazione, come invece affermato dalla giurisprudenza. In ogni caso il criterio di che trattasi non verrà poi sviluppato dalla versione definitiva del decreto.

⁷⁹ Così recita: "Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'art. 2-bis, paragrafo 2, e all'art. 2 quinquies, paragrafi 4 e 5."

primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito della camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare. Inoltre, i termini per l'impugnazione del provvedimento cautelare è fissato in quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore. Termini evidentemente strettissimi.

4.3 Il nuovo rito "super-accelerato" in materia di appalti pubblici

L'articolo 8 del decreto 53/2010, attraverso la modifica dell'articolo 245 del codice dei contratti, introduce una dettagliata disciplina del processo in materia di appalti seguendo alcune delle indicazioni contenute nella legge delega.

L'esigenza perseguita dal legislatore comunitario prima e dal legislatore nazionale poi, è quella di accelerare lo svolgimento del processo.

Le novità più significative possono essere così sintetizzate.

Prima di tutto si prevede che gli atti possano essere impugnati solo con ricorso al Tar competente, escludendo così chiaramente il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Tale previsione, non imposta dalla norma di delega, è coerente con il principio secondo il quale, quando un rito processuale è costruito come modalità esclusiva di tutela, allora non vi è spazio per il ricorso straordinario⁸⁰.

Si prevede poi l'onere di notificazione del ricorso anche presso la sede reale dell'amministrazione difesa dall'avvocatura dello Stato. Previsione evidentemente

⁸⁰ Parte della dottrina ritiene che la norma non sia compatibile con i criteri di delega obiettando inoltre sull'opportunità di escludere totalmente il ricorso straordinario anziché circoscriverne l'operatività attraverso, per esempio, una riduzione dei termini per la sua proposizione e per il suo esame oppure stabilendo che la sospensione automatica del termine per la stipulazione del contratto resti fissata in trentacinque giorni e che l'ulteriore sospensione derivante dalla proposizione di una domanda cautelare sia subordinata alla tempestiva notifica del ricorso. Si veda il contributo di Sandulli – Lipari sul recepimento della Direttiva ricorsi, in Il Foro Amministrativo Tar 2010.

finalizzata allo scopo di consentire la produzione dell'effetto sospensivo obbligatorio.

La norma introduce poi dei termini processuali molto stringenti. Il nuovo comma 2-*quiquies*, nella formula recepita dal decreto 53/2010 prevede un'elencazione semplificatrice dei nuovi termini. E' poi molto importante la nuova previsione secondo cui tutti gli atti attinenti la stessa gara debbano essere impugnati con *motivi aggiunti*, prevedendo così l'inammissibilità di ricorsi proposti in via autonoma o separata. Si è chiarito poi che il termine entro il quale debbano essere proposti contro atti connessi è di trenta giorni.

Sempre in materia di termini processuali si segnala la previsione contenuta nell'art. 245, comma 2, del Codice dei contratti pubblici che recita “nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'art. 65 e all'articolo 225, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto”⁸¹.

La citata norma comunitaria riguarda una norma a recepimento facoltativo e consente agli Stati membri di individuare un limite oltre il quale il contratto, anche nei casi di violazioni gravissime correlata alla mancata pubblicazione degli atti di gara, non è più contestabile.

⁸¹ Tale è il recepimento della lettera i) della legge di delega, la quale stabilisce di recepire l'articolo 2-septies della Direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2-septies della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo i termini minimi di ricorso di cui al paragrafo 1, lettere a) e b) dei citati articoli.

4.4 L'inefficacia "flessibile" del contratto

Il comma 4, lettera h) della norma di delega affronta poi il tema centrale della privazione degli effetti del contratto, tema centrale nella presente tesi di dottorato⁸².

La direttiva invero non detta regole molto dettagliate sulle modalità attraverso cui si determina la privazione degli effetti del contratto rinviando anzi, in larga parte, alle legislazioni nazionali. La lettera h) del comma 3 dell'articolo 44 stabilisce quattro criteri di delega: 1. Prevedere intanto la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe previste, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; 2. Lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative; 3. Fuori dai casi succitati, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e provato, 4. Disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse.

⁸² La disposizione prevede il recepimento degli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies, e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito. In questa parte la norma richiama le disposizioni a recepimento obbligatorio della direttiva che riguardano le fattispecie in cui deve sempre essere dichiarata l'inefficacia del contratto e le fattispecie in cui è possibile opzionare tra la dichiarazione di inefficacia del contratto o l'applicazione di sanzioni alternative. Inoltre viene richiamata la scelta della giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto.

Si denota una spiccata sinteticità della norma di delega in raffronto alla complessità del tema dell'inefficacia del contratto anche se vengono fornite due indicazioni molto importanti. In primo luogo, la norma comunitaria colloca il problema della sorte del contratto nell'ambito delle conseguenze processuali dell'annullamento dell'aggiudicazione. Viene così accentuato il ruolo decisorio del giudice all'interno delle contrapposte posizioni manifestate dalle parti ed un'impostazione "pan-processuale" del problema dell'inefficacia del contratto.

Inoltre viene delimitata l'area delle ipotesi di obbligatorietà della privazione di effetti del contratto in modo che, al di fuori dei casi enumerati dalla direttiva, l'annullamento dell'aggiudicazione può comportare la privazione di effetti del contratto ma senza alcun automatismo ed in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nel caso concreto.

Tale criterio viene ripreso dal decreto 53/2010 e trova attuazione nell'art. 245-ter del codice dei contratti pubblici che così recita: "Fuori dei casi indicati negli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta".

Si ritorna cioè ad un ruolo centrale del giudice dato dall'esigenza di collegare la caducazione del contratto ad una valutazione concreta e casistica di ciascuna vicenda contenziosa. Così come appaiono essere numerosi i poteri d'ufficio attribuiti al giudice che comprendono altresì una valutazione di opportunità sulla conservazione del contratto.

In realtà la norma di delega risulta piuttosto generica e lascia aperta interpretazione al legislatore nazionale anche sul tema della “privazione di effetti” del contratto, locuzione utilizzata nella traduzione italiana della direttiva. La norma di delega si limita infatti a prevedere i tre casi di privazione di effetti del contratto ed a riconoscere un ruolo preponderante di valutazione al giudice amministrativo, nell’ambito di una penetrante giurisdizione esclusiva e di merito. Al di fuori di ciò la norma di delega è assolutamente priva di elementi idonei a delimitare la fisionomia dell’istituto in esame.

In sede di recepimento il legislatore nazionale, come si illustrerà meglio più avanti, ha attuato le indicazioni della delega in materia di inefficacia del contratto conseguente all’annullamento dell’aggiudicazione attraverso gli articoli 245-bis e 245-ter del codice dei contratti pubblici. Si abbandona inoltre la formula “privazione degli effetti” per essere sostituita dall’espressione “inefficacia”.

Tale incertezza lessicale ha portato la dottrina a ritenere che il legislatore abbia volutamente optato per un’ “*inefficacia flessibile*” del contratto in quanto, per come sono scritte le norme, è pressoché impossibile stabilire a priori se l’annullamento dell’aggiudicazione determini l’inefficacia del contratto o meno così come è impossibile stabilire se l’inefficacia sarà pienamente retroattiva o lascerà salve le prestazioni già eseguite⁸³.

Tale incertezza è determinata ancora di più dalla pluralità dei parametri di apprezzamento del giudice e dal suo rilevante potere di apprezzamento. Così che nel caso delle violazioni “gravi”, l’inefficacia flessibile potrebbe meglio definirsi cedevole in quanto, di norma, il contratto resta inefficace ma è possibile salvarlo in tutto o in parte. Nel caso delle violazioni non gravi invece l’inefficacia potrebbe ben

⁸³ Si veda contributo di Sandulli – Lipari sul recepimento della Direttiva ricorsi, in *Il Foro Amministrativo Tar* 2010.

essere qualificata facoltativa poiché essa non è conseguenza necessaria ma neanche automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione. In ogni caso manca del tutto un rapporto di vincolo di consequenzialità tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto.

4.5 I presupposti della privazione di effetti del contratto

La nuova disciplina individua quale primo presupposto indefettibile per ottenere una dichiarazione di inefficacia del contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione. In nessun caso infatti la normativa contempla ipotesi di dichiarazione di inefficacia sganciate da una pronuncia di annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

La norma di delega descrive inoltre i presupposti indefettibili della pronuncia di inefficacia del contratto che devono sussistere in caso di domanda ma non sono comunque sufficienti per privare di effetti il contratto poiché resta fermo il potere del giudice di valutare diversamente.

La norma di delega prevede tre gruppi di ipotesi in cui è prevista la privazione di effetti del contratto. Il primo prevede la privazione di effetti nelle ipotesi contemplate dall'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva 92/13/CEE. Si tratta delle ipotesi di affidamenti diretti in cui è mancata la gara o la sua pubblicità⁸⁴. Si tratta poi del caso della violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto ma solo nel caso in cui tale violazione abbia privato

⁸⁴ Così recita: "se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea senza che ciò sia consentito dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE".

l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando la violazione si aggiunge ad una violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ed inoltre se tale violazione abbia privato l'offerente della possibilità di ottenere l'appalto.

Secondo il diritto comunitario in tali ipotesi la privazione di effetti è la regola ma eccezionalmente è possibile conservare il contratto applicando sanzioni alternative qualora il rispetto di esigenze imperative impongano il mantenimento degli effetti del contratto. La scelta in tal senso è affidata al giudice che annulla l'aggiudicazione, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti.

Il secondo gruppo di ipotesi contempla poi la privazione degli effetti del contratto nel caso in cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE. Si tratta delle violazioni del termine dilatorio non contemplate dall'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettera b). In tal caso gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice decida, dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative.

In tali casi quindi gli Stati membri hanno la possibilità di ampliare i casi di conservazione del contratto. La norma di delega accoglie tale possibilità ed espressamente prevede che vada lasciata al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza e sanzioni alternative, sempre in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti.

In sostanza la differenza tra le due ipotesi sopra esplicitate è che nella seconda il giudice per conservare il contratto non deve accertare l'esistenza di

“esigenze imperative” come richiesto nella prima ma può limitarsi ad un più blando bilanciamento di interessi.

A ben vedere poi, il legislatore delegato recepisce la direttiva distinguendo solo due ipotesi nell’ottica di una maggiore semplificazione: la prima riguarda le “gravi violazioni” nel cui caso l’inefficacia è obbligatoria salvo l’eccezionale potere del giudice di conservare gli effetti del contratto, la seconda categoria riguarda i casi in cui in seguito all’annullamento dell’aggiudicazione occorre stabilire la sorte del contratto. In tali casi è evidentemente preponderante il ruolo del giudice nella decisione volta a dichiarare l’inefficacia del contratto o a conservarne gli effetti. Il legislatore infatti non ha alcuna preferenza per l’una o per l’altra soluzione.

Si osserva altresì come il legislatore delegato abbia voluto accentuare ancora di più la semplicità della disciplina incentrandola in tutti i casi di annullamento dell’aggiudicazione ed anche nei casi di violazioni non gravi, sul potere di valutazione concreta riservato al giudice⁸⁵. Questi ha sempre un ampio potere di stabilire se privare di efficacia il contratto fissandone la decorrenza o decretandone la conservazione.

La terza ipotesi contemplata riguarda il caso in cui, al di fuori dei casi su esplicitati, deve essere lasciata al giudice che annulla l’aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato⁸⁶.

⁸⁵ Così si osserva nel contributo di Sandulli – Lipari sul recepimento della Direttiva ricorsi, in Il Foro Amministrativo Tar 2010.

⁸⁶ La particolare collocazione di tale ipotesi all’interno di una disposizione che richiama disposizioni della direttiva 66/2007 farebbe pensare ad un’applicazione circoscritta ai soli casi di contratti di rilevanza comunitaria ma la dottrina richiama a tal proposito il principio di omogeneizzazione della disciplina sostanziale e processuale sostenendo pertanto che la disciplina attuativa sia destinata a tutti i contratti pubblici.

Ciò che appare importante dalla disamina della norma di delega è la distinzione tra gravi violazioni e non poiché la distinzione stessa comporterà una conseguenza piuttosto che un'altra. Distinzione che appare importante in primo luogo perché solo nel caso delle gravi violazioni la conservazione del contratto deve essere accompagnata dall'applicazione delle sanzioni alternative. Inoltre, nell'ipotesi di gravi violazioni, l'inefficacia del contratto va comunque considerata la regola, la conservazione dello stesso richiede un accertamento rigoroso delle opposte esigenze imperative.

La discriminante tra gravi violazioni e non assume poi importanza per la definizione degli ambiti in cui è possibile rilevare d'ufficio l'inefficacia. Su questo punto la dottrina ha sostenuto che solo nel caso delle violazioni gravi sarebbero previsti poteri d'ufficio per sottolinearne il carattere sanzionatorio dell'inefficacia sancita dal diritto comunitario.

Nel nuovo articolo 245-bis, comma 1, relativo alle gravi violazioni si precisa la regola secondo la quale il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data di pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva. In base al comma 2 poi si specifica che il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. La norma precisa poi che tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale.

Gli interessi economici quindi sembrano avere poca rilevanza ai fini della conservazione del contratto. Essi infatti possono essere presi in considerazione come

esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara⁸⁷. Non costituiscono inoltre esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto che comprendono i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

Nel testo finale del decreto si conferma poi l'impostazione secondo cui la sorte del contratto è pronunciata dal giudice. Ciò significa, secondo la dottrina più autorevole, che l'inefficacia non è considerata come una qualificazione sostanziale che si manifesta al di fuori ed indipendentemente dal giudizio. Neanche l'illegittimità gravissima della procedura di affidamento infatti può prescindere da una pronuncia del giudice e mai potrebbe riflettersi automaticamente sull'efficacia del contratto. Occorre cioè in ogni caso una pronuncia costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione su cui poggia il contratto stesso. L'inefficacia deriva sempre da un'apposita statuizione del giudice⁸⁸.

⁸⁷ Il legislatore delegato è poi intervenuto in tema di esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali. Il problema per l'istituto di che trattasi, peraltro sconosciuto alla normativa comunitaria, sorge poiché lo stesso appare elusivo delle regole in materia di termine dilatorio. L'Amministrazione infatti non stipula il contratto ma l'esecuzione della prestazione inizia comunque a svolgersi. Si osserva che sarebbe in generale ammissibile l'istituto dell'esecuzione anticipata purché venga rispettato il termine sospensivo previsto dalla normativa comunitaria. Si stabilisce pertanto che l'esecuzione anticipata, prima della scadenza del termine sospensivo, sia ammessa solo nei casi tassativi in cui non è prevista la pubblicazione del bando di gara. Si aggiunge inoltre un'altra fattispecie derogatoria che è rappresentata da tutti i casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione provochi la perdita dei finanziamenti comunitari. Per una più ampia disamina si veda Sandulli – Lipari sul recepimento della Direttiva ricorsi, in *Il Foro Amministrativo Tar* 2010, op. cit.

⁸⁸ Così si osserva nel contributo di Sandulli – Lipari sul recepimento della Direttiva ricorsi, in *Il Foro Amministrativo Tar* 2010, op. cit.

Le soluzioni offerte dal legislatore sono contenute nell'art. 245-quinquies del codice relativo alla tutela in forma specifica e per equivalente. Secondo tale disposizione "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter del codice civile". Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

Il secondo comma prevede inoltre che "la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile". Si afferma quindi la regola secondo cui la richiesta diretta ad ottenere l'aggiudicazione del contratto è in ogni caso subordinata alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Nel caso in cui manchi la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto proposta dal ricorrente che intenda conseguire l'aggiudicazione, il legislatore nulla chiarisce in proposito. Una prima tesi sostiene che, in mancanza di una domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, la richiesta di attribuzione del contratto sarebbe, in radice, inammissibile, essendo la presentazione della domanda di inefficacia del contratto, un onere della parte. Altra tesi sostiene che la richiesta di attribuzione del contratto implichi sempre la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto.

L'art. 245-quinquies afferma quindi che se il contratto rimane in piedi, perché il giudice non ne dichiara l'inefficacia, l'interessato non può ottenere la tutela in forma specifica ma dovrà accontentarsi di quella per equivalente.

La norma sembrerebbe riconoscere il potere di scelta della parte interessata, tra la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente⁸⁹.

⁸⁹ Secondo autorevole dottrina, la norma non introdurrebbe un nuovo principio nel nostro ordinamento ma codificherebbe un principio già espresso dalla Cassazione civile secondo cui l'autore dell'illecito, convenuto per il risarcimento del danno per equivalente può sempre offrire di eseguire la materiale attività di ripristino del diritto violato. Il creditore a sua volta ha il potere di rifiutare l'offerta ma solo se ciò non sia contrario alla buona fede.

5 IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO “RISOLVE” L’ANNOSA QUESTIONE

5.1 Gli effetti dirompenti della normativa comunitaria: i nuovi poteri del giudice amministrativo

Nei precedenti paragrafi si è analizzata la disciplina introdotta dalle direttive comunitarie che in materia di annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto *medio tempore* stipulato, ha avuto un effetto dirompente. La normativa in esame, che aveva quale obiettivo quello di garantire una tutela piena ed efficace volta a far ottenere al ricorrente vittorioso il bene della vita cui aspira, introduceva nell’allora vigente Codice dei contratti, l’art. 245-*bis* rubricato “Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni”.

Detta norma affidava al giudice che aveva annullato l’aggiudicazione definitiva del contratto, il potere – dovere di dichiarare l’inefficacia del contratto intervenuto fra la stazione appaltante e l’originario aggiudicatario, con specifico e puntuale richiamo delle direttive CEE citate⁹⁰.

A dare attuazione alla Legge delega suddetta interveniva il Legislatore con l’art. 9 del D. Lgs 53/2010 che introduceva nell’allora vigente Codice dei contratti l’art. 245-bis che affidava al giudice, che aveva annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, il potere di definire in sede di giurisdizione esclusiva, la sorte del contratto già stipulato dalla stazione appaltante e dall’aggiudicatario e quindi decidere se, detto contratto, dovesse essere privato o no dei suoi effetti.

Il legislatore nazionale, affidando al giudice amministrativo, con giurisdizione esclusiva, il compito di definire per intero il contenzioso afferente agli

⁹⁰ Legge delega di cui all’art. 44, L. 7 Luglio 2009, n. 86 di attuazione delle Direttive n. 2007/66/CE che modifica le Direttive n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE.

appalti pubblici, dalla fase pubblicistica alla fase contrattuale, realizzava così il duplice scopo di garantire intanto il rispetto del dettato dell'art. 103 della Costituzione che prevede la competenza del legislatore ordinario di individuare, con riferimento a specifiche materie e interessi specifiche, ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a., e poi di garantire il rispetto dell'esigenza di tutela piena ed efficace chiamata a gran voce dal legislatore comunitario⁹¹.

La legge delega amplia la cognizione del giudice amministrativo sino alla sorte del contratto di cui, sottolinea, occorre prevedere la privazione degli effetti, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito.

L'art. 7 del D. lgs. 53/2010 aggiunge così all'art. 244 del vecchio Codice dei contratti, tale riferimento. La giurisdizione esclusiva, si afferma, si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative⁹². Viene così superato ogni riferimento alla giurisdizione di merito, pur prevista nella delega⁹³.

A favore del definitivo superamento ad ogni riferimento alla giurisdizione di merito, si ha, oltre al dato letterale dell'art. 133, comma 1, del Codice del processo amministrativo, la forza del principio di tassatività dei casi di giurisdizione estesa al

⁹¹ Con la direttiva ricorsi recepita nel nostro ordinamento con la Legge delega 7 Luglio 2009, n. 88 e quindi con il D. Lgs. 53/2010, trasfuso per la parte processuale nel Codice del Processo amministrativo, si aggiunge un altro importante tassello nella tutela degli interessi degli operatori economici: garantire l'interesse del partecipante alla gara, illegittimamente non risultato vincitore ad eseguire l'appalto, ad ottenere cioè la soddisfazione in via specifica del suo interesse ad aggiudicarsi l'appalto. Così E. Follieri, in I poteri del giudice amministrativo, op. cit.

⁹² Ulteriore conferma che l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo sia giurisdizione esclusiva la si ha dalla lettera dell'art. 133, del Codice del processo amministrativo.

⁹³ In dottrina si è rilevata l'incompatibilità della giurisdizione di merito con i diritti soggettivi. La Commissione speciale del Consiglio di Stato, che ha espresso parere sullo schema di decreto legislativo, ha osservato in particolare che la giurisdizione di merito, presupponendo che la legge autorizzi il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione, non sia compatibile con le controversie che abbiano ad oggetto aspetti di natura civilistica inerenti gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che mal si conciliano con l'esercizio dei poteri della giurisdizione di merito.

merito, previsto dall'art. 7, comma 6 del Codice del processo amministrativo. Lo stesso non annovera tra i casi di giurisdizione estesa al merito, la fattispecie di cui ci si occupa⁹⁴.

Se il legislatore ha sancito per il caso di specie un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, tuttavia lo stesso non si è limitato nell'attribuire poteri che, in sede cognitoria, gli permettono di accertare e valutare gli interessi presenti nella fattispecie. Il legislatore ha voluto così attribuire pieni poteri cognitori e decisorii al giudice amministrativo, con riferimento sia al potere di accertamento completo e valutazione del fatto, sia anche con riguardo all'indagine volta ad attribuire al ricorrente l'utilità cui aspira con il ricorso ed il conseguimento del bene della vita. Poteri che non fanno rimpiangere il mancato riconoscimento di una giurisdizione di merito⁹⁵.

Il giudice amministrativo è chiamato così ad operare una ponderazione di interessi e una valutazione delle situazioni di fatto, non per sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della decisione amministrativa ma per scegliere la forma di tutela, sia essa in forma specifica o per equivalente e così via.

⁹⁴ Non sono mancate inoltre impostazioni "panciviltistiche" che hanno sostenuto, muovendosi nell'ambito del diritto privato dei contratti, che il potere esercitato dal giudice amministrativo sul contratto appare più vicino a quello esercitato dal giudice civile attraverso la risoluzione giudiziale. La valutazione del giudice sul contratto sarebbe cioè di natura equitativa, poiché tutte le vicende successive all'annullamento dell'aggiudicazione non sono predefinite dal Codice del processo amministrativo, l'equità potrebbe diventare l'elemento di conciliazione tra il principio di legalità e la giusta flessibilità delle regole legislative. Per una più ampia disamina si veda P. Carpentieri, in Sorte del contratto, in www.giustiziaamministrativa.it, F. Saitta, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: Quale giurisdizione?*, in Rivista trimestrale degli appalti, Maggioli Editore

⁹⁵ Tra i primi commentatori della nuova disciplina tuttavia non è mancato chi ha dato per scontato di essere nell'ambito di una giurisdizione di merito poiché, si è osservato, i poteri del giudice amministrativo implicano valutazioni sostitutive dell'attività amministrativa. Si è osservato infatti che al giudice amministrativo è affidato il potere-dovere di esercitare un'attività di valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione. Si tratta di quella scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il "cuore" del merito amministrativo. Così R. Caponigro, in *La valutazione discrezionale del merito amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it; F. Saitta, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: Quale giurisdizione?*, op.cit.

Se è esclusa la riconduzione al novero della giurisdizione di merito, non si può tacere che si tratti di giurisdizione esclusiva “speciale” caratterizzata dalla pienezza dei poteri cognitori, indispensabile per l’adeguata valutazione di tutti gli interessi in gioco al fine di addivenire ad una corretta decisione sulla sorte del contratto⁹⁶.

Il giudice amministrativo è così chiamato ad accertare e valutare, in funzione delle deduzioni delle parti: a) la gravità della condotta della stazione appaltante e della fattispecie al fine di stabilire se la declaratoria di inefficacia del contratto sia limitata alle prestazioni da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo ovvero operi in via retroattiva; b) il mantenimento degli effetti del contratto qualora lo richiedano esigenze imperative connesse ad un interesse generale; c) fuori dai casi di dichiarazione necessaria di inefficacia del contratto, il giudice amministrativo deve valutare gli interessi delle parti, l’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione del contratto alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto stesso e la possibilità di subentrare, ai fini dell’eventuale dichiarazione di inefficacia dello stesso⁹⁷.

Con le novità normative del d. lgs. 53/2010, si realizza così quella “conoscenza del rapporto”⁹⁸, auspicata da molto tempo prima. Il giudizio sull’atto si

⁹⁶ Così F. Saitta, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, op. cit.

⁹⁷ In dottrina si è discusso sull’interpretazione da dare alle valutazioni del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, ovvero se le stesse debbano dai limiti del controllo di legittimità, nel cui ambito è assolutamente precluso all’organo giudicante sostituirsi alla pubblica amministrazione nella ponderazione dell’interesse pubblico e nella valutazione della convenienza o meno di un provvedimento ed effettuare una comparazione tra il grado di ragionevolezza di due scelte alternative, comparazione che rientra nel merito, riservato all’autorità amministrativa. Effettivamente, solo quando esercita una giurisdizione estesa al merito, il giudice amministrativo può esercitare il proprio sindacato anche con riferimento alla opportunità, convenienza ed equità dei provvedimenti adottati. Si veda F. Saitta, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, op. cit.

⁹⁸ Si veda E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo*, op. cit.

trasforma così in un giudizio sul rapporto sottostante all'atto e si può giungere alla diretta cognizione della auspicata tutela sostanziale⁹⁹.

La prospettazione delle problematiche legate dal rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, sotto il profilo processuale, abbraccia diversi aspetti che spaziano dalla ricostruzione del concetto di caducazione/inefficacia, per arrivare a capire di che tipo di pronuncia si tratti, se di tipo costitutivo o dichiarativo, senza tralasciare gli aspetti che caratterizzano i "nuovi" e più ampi poteri del giudice amministrativo. Tutti profili che si analizzeranno nella presente tesi.

5.2 La dichiarazione di inefficacia del contratto: Pronuncia dichiarativa o costitutiva del g.a.?

Preso atto di quanto detto finora, si può ben affermare che la cognizione del giudice amministrativo sia esclusiva perché si estende ai diritti soggettivi nascenti dal contratto, di cui può dichiarare l'inefficacia a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. L'oggetto del giudizio non è pertanto solamente il provvedimento di aggiudicazione ma anche il contratto se è stato sottoscritto¹⁰⁰.

La cognizione del contratto da parte del giudice amministrativo, si osserva, non è in ogni caso completa, ma è funzionale alla dichiarazione di inefficacia. Il

⁹⁹ Così A. Carullo, La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Poteri del giudice e domanda di parte, op. cit. Osserva che anche la Corte Costituzionale, con le sentenze n. 204/2004, n. 196/2006 e n. 77/2007, ha progressivamente insistito sulla "pari dignità" del giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario, con una equivalenza delle tutele rispettivamente apprestate che, seppur differenziate nei contenuti, si configurano come sostanzialmente unificate dal punto di vista funzionale.

¹⁰⁰ Anche prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 53/2010, la Corte di Cassazione era giunta a tale conclusione, in applicazione della direttiva 2007/66/CE, stabilendo che spettasse al giudice amministrativo accertare gli effetti prodotti sul contratto dalla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione. Cass. Civ., Sez. un. Ord. 10 febbraio 2010, n. 2906.

giudice quindi non conosce dei vizi del contratto, né di altri aspetti riguardanti la sua validità, poiché dichiara l'inefficacia solo a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione¹⁰¹.

Il contratto eventualmente stipulato è quindi estraneo alla vicenda che invece attiene alla tutela dell'interesse legittimo di chi ricorre avverso l'aggiudicazione ad a favore di un altro soggetto.

La dottrina osserva come il contratto già stipulato assuma rilevanza solo là dove la sua esistenza si frapponesse alla possibilità che l'Amministrazione stipuli un nuovo contratto con il nuovo aggiudicatario. In sostanza, nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione, non rileva l'eventuale sussistenza del contratto¹⁰².

La dichiarazione di inefficacia del contratto è una conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione su cui si svolge il sindacato di legittimità del giudice amministrativo. Il sindacato del giudice amministrativo sul contratto si limita a stabilire se esso possa o meno produrre ancora effetti, in relazione alle conseguenze dell'illegittima aggiudicazione sull'efficacia del contratto.

Il compito al quale è chiamato il giudice amministrativo sarà quindi quello di valutare la nuova situazione di fatto venutasi a creare a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, al fine di stabilirne l'eventuale inefficacia e la decorrenza della stessa. Si è osservato in dottrina come il fatto sopravvenuto dell'annullamento dell'aggiudicazione debba essere valutato come fatto esterno al contratto, senza

¹⁰¹ Così E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo*, op. cit.. "Il contratto rimane fuori dal sindacato del giudice amministrativo per quanto riguarda i suoi elementi e la sua conformità alle norme civilistiche che ne disciplinano la validità e l'efficacia.

¹⁰² Così S.S. Scoca, in *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, op.cit., il quale osserva che mentre la sorte del contratto dipende in toto dall'annullamento dell'aggiudicazione, nei cui vizi di legittimità può trovare la causa della sua eventuale eliminazione, la sua rilevanza trova il suo necessario presupposto nella nuova aggiudicazione.

alcuna indagine sugli elementi del contratto stesso e sull'efficacia del contratto in sé, "sganciato" dall'annullamento dell'aggiudicazione¹⁰³.

Fatte queste doverose premesse, si pone ora il problema di capire che tipo di pronuncia debba adottare il giudice amministrativo. In particolare, la dottrina si è interrogata se classificare la pronuncia come dichiarativa o costitutiva. La disamina del problema si collega inevitabilmente alla scelta fatta dal legislatore di inquadrare la "sorte" del contratto nella categoria civilistica dell'inefficacia anziché dell'invalidità.

Perché il legislatore ha operato una tale scelta?

Per rispondere a tale domanda, la dottrina, riferendosi alla categoria di inefficacia del diritto civile, ha affermato che il contratto inefficace è improduttivo dell'effetto, proprio del contratto, di costituire, regolare o estinguere tra le parti un rapporto giuridico patrimoniale, precisando inoltre che la categoria dell'inefficacia ha una portata più ampia rispetto all'invalidità, potendo essa investire anche contratti perfettamente validi. In sostanza, si può essere in presenza di un contratto valido seppur improduttivo di effetti giuridici. Il contratto nasce valido, ma è inidoneo a produrre gli effetti tipici e voluti al momento della sua formazione¹⁰⁴.

Con l'entrata in vigore del D. Lgs. 53/2010, la dottrina amministrativa si è interrogata sulla portata della categoria dell'inefficacia arrivando a talune conclusioni. Parte di questa, arrivò alla conclusione secondo cui il contratto sarebbe inefficace non per vizi propri, ma per l'avveramento della condicio iuris dell'annullamento dell'aggiudicazione e la relativa azione sarebbe di natura

¹⁰³ Si veda E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 53/2010 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo*, op. cit.

¹⁰⁴ Per la ricostruzione civilistica della categoria dell'inefficacia si veda A. Carullo, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, op. cit.. Si richiama l'individuazione di alcune cause che provocano l'inefficacia del contratto tra cui, il difetto di legittimazione del soggetto che ha posto in essere l'atto e l'inefficacia dipendente da condizione volontaria o legale.

dichiarativa, avendo l'annullamento dell'aggiudicazione effetti caducanti e non vizianti.

Un altro orientamento propende invece per qualificare la pronuncia del giudice come costitutiva, portando come argomenti a favore, intanto, il dato letterale della direttiva ricorsi che enuncia la necessità di un accertamento da parte del giudice, non essendo la carenza di effetti automatica. Si osserva inoltre che, a differenza delle azioni di mero accertamento, l'intervento del giudice appare necessario, posto che lo stesso ben potrebbe consentire che il contratto mantenga i propri effetti.

Si sottolinea inoltre, a favore della tesi che propende per la natura costitutiva delle pronunce del giudice amministrativo, come i provvedimenti del giudice siano costitutivi di annullamento di atti amministrativi e di inefficacia del contratto nonché di modifica della durata del contratto, ma anche di condanna dell'Amministrazione ad un facere specifico oltre che di condanna al risarcimento del danno per equivalente pecuniario ed al pagamento di una sanzione pecuniaria e/o alla riduzione della durata del contratto. Non si tratta pertanto di mere sentenze dichiarative¹⁰⁵.

L'inefficacia del contratto non è autonoma ma è conseguenza della preventiva o contestuale decisione di annullamento e la "dichiarazione di inefficacia del contratto" dispone la rimozione degli effetti dallo stesso prodotti, ex tunc, nel caso delle violazioni gravi, ex nunc o altra decorrenza, in via di eccezione. La dichiarazione di inefficacia ha poi come obiettivo quello di far ottenere al ricorrente una tutela piena e sostanziale, ragione per la quale, la stessa non rimane fine a se stessa ma sostituisce l'aggiudicatario con il ricorrente vittorioso.

¹⁰⁵ Si argomenta sostenendo che le espressioni utilizzate dal legislatore ed il ricorrente utilizzo del verbo "dichiarare" per descrivere l'attività del giudice amministrativo non debbano trarre in inganno gli operatori del diritto poiché, pur facendo riferimento alla "dichiarazione di inefficacia del contratto", non sono pronunce meramente dichiarative, ma un ulteriore effetto della sentenza costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione. Si veda E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 53/2010 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo*, op. cit..

In altri casi, la pronuncia del giudice amministrativo, può condannare l'Amministrazione, qualora vengano riscontrati vizi della procedura concorsuale, a riesercitare il proprio potere e la propria azione amministrativa.

Per tutte le ragioni suesposte, si ritiene di dover aderire all'orientamento che propende per l'inquadramento della sentenza del giudice amministrativo come di tipo costitutivo. Si tratterebbe quindi di una sentenza costitutiva e di condanna e non meramente dichiarativa.

Si osserva inoltre che anche nel caso di un'ipotesi di azione declaratoria di nullità dell'aggiudicazione, la pronuncia del giudice sia comunque di natura costitutiva e non meramente dichiarativa. In tal caso infatti, nel caso in cui sia intervenuto il contratto, i provvedimenti del giudice hanno lo stesso contenuto di quelli suesposti; nel caso in cui invece non sia stato sottoscritto il contratto, il giudice condanna l'Amministrazione ad aggiudicare ad altro concorrente nel caso in cui la nullità attenga ad aspetti riconducibili esclusivamente all'aggiudicatario, oppure a ripetere la gara, negli altri casi.

La dottrina¹⁰⁶ osserva come, essendo l'interesse del ricorrente di tipo pretensivo, è necessaria una pronuncia di tipo costitutivo, poiché l'interesse dello stesso è appagato solo se venga soddisfatto il suo interesse ad essere aggiudicatario, anche solo attraverso la chance di ricorrere nuovamente alla procedura di gara. E' evidente che una pronuncia meramente dichiarativa della nullità, così come quella di inefficacia del contratto, non soddisfa l'interesse legittimo pretensivo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Tra tutti E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 53/2010 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo*, op. cit..

¹⁰⁷ Al contrario, nei casi di interesse legittimo oppositivo, per la soddisfazione del ricorrente è sufficiente una pronuncia meramente dichiarativa di nullità, poiché è interesse del ricorrente mantenere la situazione giuridica soggettiva così com'era prima che l'Amministrazione esercitasse il proprio potere.

Negli appalti, l'interesse del ricorrente è chiaramente pretensivo poiché lo stesso, essendo un partecipante alla procedura di gara escluso o non risultato vincitore, agisce per essere riammesso alla procedura di gara.

5.3 Le pronunce “consequenziali”: superamento del principio dispositivo?

La dottrina si è poi confrontata sulle implicazioni delle nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. 53/2010 sui principi del processo amministrativo ed in particolare su come si atteggi il principio dispositivo con i più estesi poteri riconosciuti al giudice amministrativo.

Si discute in particolare se il giudice possa d'ufficio determinare il contenuto decisorio della sentenza di merito o se sia vincolato alla domanda di parte, se possa dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto e sostituire il contraente con il ricorrente vittorioso.

Nel giudizio amministrativo, la struttura del processo è configurata sulla base della *vocatio in ius*, poiché mediante un atto introduttivo del ricorso si chiama il giudice a provvedere sull'oggetto della domanda. Il processo amministrativo è retto dal principio dispositivo per cui il giudice non può andare oltre i motivi addotti dal ricorrente e deve decidere sulla domanda proposta. Attraverso il ricorso, si costituisce quindi il giudice della controversia ed il rapporto processuale si instaura al momento del deposito del ricorso presso le cancellerie del Tribunale adito, e non dalla notifica dello stesso alle parti¹⁰⁸.

Il giudice quindi si deve pronunciare all'interno della domanda così come circoscritta al momento della proposizione del ricorso o, a seconda dei casi, nei

¹⁰⁸

Motivo per cui non esiste la contumacia.

motivi aggiunti. I poteri istruttori del giudice sono riconosciuti nel rispetto del principio dell'onere della prova¹⁰⁹.

L'art. 2 del Codice del processo amministrativo afferma "Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, comma 1, Cost.". Il Legislatore amministrativo ha in sostanza fatto propri quei principi cardine previsti dalla stessa Costituzione.

L'art. 34 c.p.a. poi mantiene fermo il principio secondo cui il giudice accoglie il ricorso "nei limiti della domanda", quando adotta una sentenza di merito. Per le sentenze di rito, quelle che statuiscano sulla irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, nullità, decadenza del ricorso invece, il giudice può anche pronunciarsi d'ufficio.

Nel processo amministrativo la regola è, si può ben dire, che la sentenza di merito può essere pronunciata solo nei limiti della domanda di parte, la sentenza di rito anche d'ufficio.

Con la nuova impostazione del Codice del processo amministrativo ci si è chiesti se sia stata intenzione del legislatore quella di attenuare il principio della correlazione tra chiesto e pronunciato, per prediligere il raggiungimento dello scopo di tutela piena ed efficace degli interessi di parte, così come rappresentati nel ricorso, attraverso l'estensione dei poteri esercitabili d'ufficio.

Il legislatore amministrativo apparentemente sembra abbia consentito ciò riconoscendo al giudice la possibilità di "spingersi oltre" rispetto a quanto deducibile

¹⁰⁹ L'istruzione probatoria nel processo amministrativo di legittimità è governata dal principio dispositivo cosiddetto attenuato dal principio acquisitivo. In base a ciò sul ricorrente non grava l'onere della prova come nel processo civile, ma "l'onere del principio della prova", nel senso che egli è tenuto a prospettare al giudice adito una ricostruzione attendibile delle situazioni addotte, sia sotto il profilo fattuale che giuridico, potendo poi il giudice acquisire d'ufficio gli elementi probatori indicati dalle parti o ritenuti necessari. La giustificazione del principio dispositivo attenuato va ricercata in ragione della disponibilità degli elementi probatori in capo alla p.a. nel processo amministrativo di legittimità.

in passato nell'ambito del processo e cioè alla valutazione del contratto ed all'eventuale sua inefficacia.

Ora ci si chiede. Nel caso in cui la domanda di parte abbia per oggetto solo l'annullamento dell'aggiudicazione e quindi si sia nell'ambito del tipico processo da impugnativa dell'atto, e non anche la richiesta di parte di annullamento del contratto medio tempore stipulato, come si atteggia il principio dispositivo? Può il giudice amministrativo adottare una decisione sull'inefficacia del contratto senza una specifica domanda di parte?

In realtà, la dichiarazione di inefficacia del contratto consegue necessariamente all'annullamento dell'aggiudicazione ed è una sentenza di merito a tutti gli effetti per cui il giudice, sulla base dei principi generali che regolano il processo amministrativo, deve pronunciarsi su domanda di parte.

L'orientamento prevalente in dottrina ritiene che il giudice sia dotato di poteri esercitabili d'ufficio per la dichiarazione di inefficacia del contratto per quelle che il legislatore definisce "violazioni gravi", ovvero per quelle ipotesi previste dall'art. 121, comma 1, lett. a) e b), c.p.a.. Questo perché la norma definisce "necessaria" tale dichiarazione. L'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione comporta in tali casi e sulla base di un'espressa disposizione normativa, la dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento.

Anche in assenza di domanda di parte sulla sorte del contratto il giudice deve comunque provvedere con una sentenza. La domanda quindi non deve specificare il *petitum* della dichiarazione di inefficacia del contratto ma deve limitarsi ad allegare i motivi a fondamento dell'annullamento dell'aggiudicazione e chiedere l'annullamento dell'atto di aggiudicazione.

La dichiarazione di inefficacia del contratto può essere quindi considerata come una pronuncia “conseguenziale” all’annullamento dell’aggiudicazione che il giudice deve disporre nei casi di violazioni gravi, può disporre negli altri.

A tal proposito, ovvero negli altri casi contemplati dall’art. 121, comma 1, lett. c) e d), ci si chiede quale interesse la norma tuteli, poiché, osserva la dottrina, il ricorrente potrebbe essere realmente non interessato ad ottenere una pronuncia sulla sorte del contratto. Lo stesso infatti potrebbe ritenere di non voler subentrare nella prestazione poiché potenzialmente antieconomica oppure perché l’oggetto del contratto consiste in una prestazione ad esecuzione immediata e la prestazione potrebbe essere già integralmente avvenuta, oppure ancora poiché il ricorrente potrebbe avere interesse solo al risarcimento patrimoniale per equivalente.

Si osserva come nel caso in cui manchi una domanda di parte in tal senso e quindi di materiale probatorio, il giudice possa acquisire da se certe informazioni, poiché al giudice amministrativo è riconosciuta la possibilità di disporre d’ufficio i mezzi istruttori. Ai sensi dell’art. 63 del Codice del processo amministrativo, il giudice può richiedere chiarimenti o documenti non solo alla pubblica amministrazione ma a tutte le parti; può ordinare l’esibizione ex art. 210 cod. proc. Civ.; può ordinare l’ispezione e disporre la verifica e la consulenza tecnica.

Sotto il profilo istruttorio il processo amministrativo pare retto dal metodo acquisitivo che consente al giudice di disporre mezzi istruttori anche in assenza di un’istanza specifica di parte. Ed all’interno dei mezzi di prova adottati il giudice ben può conoscere di fatti non specificatamente contestati dalle parti e porli a fondamento della propria decisione, come per esempio l’avvenuta stipula del contratto.

Ai sensi dell'art. 121, comma 2 del Codice del processo amministrativo, il giudice può inoltre decidere di non intervenire sul contratto qualora accerti la sussistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale¹¹⁰.

Il legislatore ha poi previsto la valutazione dell'interesse generale anche nelle ipotesi previste dall'art. 121, comma 2, del c.p.a., ovvero *“anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara”*.

Le ipotesi alle quali si fa riferimento sono quelle previste dall'art. 121, comma 1, lett. a) e b), c.p.a., cioè in caso di aggiudicazione definitiva avvenuta a) senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice la gara nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I., quando tale pubblicazione è prevista dal Codice; b) con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I., quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice.

In tali ipotesi, il giudice è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto anche in assenza di una specifica domanda di parte di subentro, poiché il vizio è tale da richiedere il rinnovo della procedura di gara.¹¹¹

Alla luce di quanto detto finora, se nelle ipotesi previste dall'art. 121, comma 1, lett. a) e b), sembra che il giudice possa dichiarare l'inefficacia del contratto anche

¹¹⁰ Tra le esigenze imperative, l'art. 121, comma 2, prevede anche le esigenze di carattere tecnico tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possano essere rispettati solo dall'esecutore attuale; ovvero gli interessi economici qualora la dichiarazione di inefficacia del contratto determini conseguenze sproporzionate quali costi derivanti da ritardo nell'esecuzione o necessità di indire una nuova procedura di gara.

¹¹¹ Si è osservato in dottrina come le ipotesi previste dall'art. 121 c.p.a. si atteggiino come norme speciali rispetto alla previsione dell'art. 122 c.p.a.. Così A. Carullo, in *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Poteri del giudice e domanda di parte*, op. cit..

in assenza di specifica domanda risarcitoria del ricorrente, data la gravità dei vizi e data la necessità di un nuovo esercizio del potere amministrativo attraverso il rinnovo del procedimento di gara, ci si interroga sulla portata dei poteri del giudice amministrativo nei casi previsti dall'art. 121, comma 1, lett. c) e d), ipotesi correlate al mancato rispetto delle norme imperative correlate ai termini di sospensione dell'aggiudicazione. In tali casi, la mancata proposizione di una specifica domanda di parte potrebbe celare l'assenza di un vero e proprio interesse al subentro nel contratto.

Si rileva che in tali casi non si abbia l'illegittimità dell'atto ma piuttosto di un fatto, ovvero del comportamento dell'Amministrazione che non abbia rispettato le norme imperative che impongono il rispetto dei termini dilatori per la stipulazione del contratto. Si osserva¹¹² pertanto come si sia davanti all'esercizio del potere dell'Amministrazione di invitare l'aggiudicatario alla stipula del contratto, senza l'adozione di un vero e proprio atto.

La soluzione che potrebbe essere contemplata, nel caso in cui non sia presentata esplicita domanda di subentro, forse va ricercata nel rapporto di consequenzialità tra il provvedimento di aggiudicazione ed il contratto stipulato sulla base di essa¹¹³.

Invero, nel momento in cui il legislatore prevede che “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto”, sottintende che il giudice conosce dell'esercizio di potere dell'Amministrazione dovuto e conseguente di stipulare il contratto, solo dopo che dispone dell'aggiudicazione definitiva. Potere

¹¹² Si veda la disamina di A. Carullo, in La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Poteri del giudice e domanda di parte, op. cit..

¹¹³ Consequenzialità peraltro ammessa dalla stessa Corte di Cassazione, che nella sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 28 Dicembre 2007, n. 27169, sosteneva che la fase di stipulazione del contratto è strettamente connessa alla procedura pubblicistica.

che, essendo condizionato da una norma imperativa, viene travolto automaticamente dalla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione.

Ritornando quindi al problema che ci si è posti inizialmente e cioè se si sia in presenza di un tentativo di superamento del principio dispositivo alla luce dei più ampi poteri riconosciuti al giudice dal nuovo Codice del processo amministrativo, la risposta pare essere negativa, poiché il giudice amministrativo conosce della sorte del contratto, anche in assenza di domanda di parte, solo quando i motivi di ricorso siano talmente gravi da imporre l'automatica pronuncia sugli atti consequenziali, quali appunto quelli sulla dichiarazione di inefficacia del contratto.

La dichiarazione di inefficacia del contratto così come la pronuncia sulle sanzioni alternative rientrerebbero insomma tra quelle ipotesi di pronunce consequenziali che il giudice stabilisce quando accoglie la domanda di annullamento che riguarda anche tali pronunce e anche in assenza di specifica richiesta di parte.

La questione tuttavia non è di facile soluzione ed ha atteso che intervenisse le Sezioni unite della Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 7295/2017. La Suprema corte, nel pronunciarsi sul tema dell'eccesso di potere del giudice amministrativo, ha sancito che non violi i limiti della giurisdizione amministrativa, il g.a., se nell'annullare l'aggiudicazione e gli atti di gara, dichiara l'inefficacia del contratto.

Nel caso di specie, la norma regolatrice dell'esercizio della giurisdizione di cui si assume la violazione è l'art. 122 c.p.a. che stabilisce che il giudice che annulli l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, valutati i presupposti, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta. La lettura della norma impone, a contrario, di ritenere che nel caso in cui il vizio dell'aggiudicazione comporti il rinnovo della procedura di gara, allora il giudice amministrativo non potrebbe dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito

dell'annullamento dell'aggiudicazione. Tale potere spetterebbe cioè all'Amministrazione che dovrebbe scegliere se mantenere in vita il contratto nel pubblico interesse allo svolgimento dell'attività cui esso era funzionale oppure di procedere alla sua risoluzione.

La Suprema Corte, con la sentenza in esame¹¹⁴, supera tale impostazione sostenendo che *“perché si configuri il vizio di eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo sotto la specie dell'esercizio di una attività decisoria implicante l'adozione di una statuizione corrispondente ad un'attività provvedimentale, il cui compimento l'ordinamento riserva all'amministrazione, è necessario che quella statuizione abbia un contenuto corrispondente a quello del potere riservato alla pubblica amministrazione”*.

Alla figura della declaratoria di inefficacia del contratto disciplinata dall'art. 122, prosegue la Corte, non fa riscontro una figura di provvedimento amministrativo di declaratoria di inefficacia del contratto, stipulato in ambito di disciplina dei contratti pubblici attribuito all'amministrazione. Ciò non era previsto dal d.lgs. 163/2006 e non lo prevede il nuovo Codice dei contratti, d.lgs. 50/2016.

La Suprema Corte osserva come il Consiglio di Stato abbia nelle ultime sentenze¹¹⁵ richiamato la motivazione dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 2011, affermando che l'art. 122 regola l'inefficacia del contratto attribuendo al giudice di stabilire se dichiarare tale inefficacia valutati i presupposti prescritti dalla norma e se vi siano elementi per ritenere che l'appalto possa essere aggiudicato al ricorrente vittorioso. La norma è applicabile nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione *non comporti l'obbligo di rinnovare la gara*.

Ad avviso del Collegio tale previsione risulta essere generalizzata, a differenza delle ipotesi previste dall'art. 121, nel quale il legislatore ha tipizzato

¹¹⁴ Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 7295/2017.

¹¹⁵ Si vedano Cons. Stato, n. 140/2015; n. 1126/2016.

alcuni casi in cui il giudice amministrativo deve dichiarare l'inefficacia del contratto, sempre previo riscontro dei presupposti. Nel caso in esame invece la dichiarazione di inefficacia sarebbe affidata ad un potere di valutazione del giudice. A tal proposito, la successiva articolazione della norma che ancora l'esercizio di tale potere al caso in cui *“il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara”* e *“la domanda di subentro sia stata proposta”* si presta ad una duplice interpretazione.

Per la prima tali specificazioni dell'esercizio del potere del giudice amministrativo si riferiscono soltanto al caso in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e quindi, per converso, se l'annullamento sia di tale portata da implicare la rinnovazione, il potere del g.a. non sarebbe ancorato a tali condizioni.

Per la seconda interpretazione, sia nel caso in cui debba rinnovarsi la gara sia nel caso contrario, il potere del giudice sia comunque subordinato alla valutazione degli interessi delle parti, all'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati ed allo stato di esecuzione del contratto, e nel solo caso in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta, allora deve essere valutata anche la possibilità di subentrare nel contratto e la domanda di subentrare in esso.

Ad avviso della Corte è preferibile la seconda interpretazione per cui, anche nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo dichiari l'inefficacia del contratto nel caso in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti la rinnovazione della gara, non vi sarebbe eccesso di potere per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

5.4....e la domanda di subentro nel contratto.

Diverso discorso va fatto invece per la possibilità del ricorrente di subentrare nel contratto stipulato con l'aggiudicatario. Qui è necessaria una specifica domanda di parte sia perché il giudice si pronunci sul subentro del ricorrente sia per il riconoscimento del risarcimento del danno per equivalente.

Si è in presenza di una sentenza di condanna ad un *facere* specifico conseguente ad un'azione di adempimento¹¹⁶.

L'art. 122 c.p.a prevede infatti che sia stata proposta apposita domanda.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato¹¹⁷, in merito alla tutela in forma specifica dell'interesse a conseguire l'aggiudicazione del contratto di appalto, richiama la disposizione normativa, affermando che nei casi previsti dall'art. 121, comma 1, e art. 122 c.p.a., la dichiarazione di inefficacia del contratto presuppone che la domanda di subentrare sia stata presentata. L'art. 30, comma 3, secondo periodo, c.p.a., si argomenta, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del principio di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza.

Si tratta infatti di una sentenza di condanna ad un *facere* specifico con la condanna dell'Amministrazione ad aggiudicare e sottoscrivere il contratto con il ricorrente vittorioso. Il legislatore ha così disciplinato uno strumento pieno ed efficace di tutela, portando all'interno del processo di cognizione la pronuncia di

¹¹⁶ Si osserva come con tale disposizione, venga portato nell'alveo del giudice amministrativo del processo di cognizione la pronuncia di subentro che il Consiglio di Stato ha sempre ritenuto che potesse essere disposta solo nel giudizio di ottemperanza in cui ha i poteri della giurisdizione di merito.

¹¹⁷ Cons. St., Sez. II, 5 Aprile 2016, n. 4105.

subentro che il Consiglio di Stato aveva previsto solo all'interno del giudizio di ottemperanza¹¹⁸, quindi della giurisdizione di merito.

Un passo importante quindi verso la tutela piena ed efficace degli interessi legittimi pretensivi è stata attuata attraverso il riconoscimento della possibilità di ottenere una pronuncia di subentro nel contratto, senza che sia necessaria la proposizione di un autonomo giudizio di ottemperanza. E' la parte che può chiedere il subentro nel contratto con una specifica domanda ed è il giudice che può statuire con un specifico ed autonomo *dictum* nel dispositivo¹¹⁹.

Specularmente, si pone un ulteriore problema interpretativo delle norme di che trattasi. La dottrina si è interrogata sulla possibilità per il privato di chiedere ed ottenere una domanda che abbia per oggetto il solo contratto, e quindi la possibilità di ottenere una dichiarazione di inefficacia del contratto senza contestuale domanda di annullamento dell'aggiudicazione e/o subentro nel contratto, al di fuori quindi del tipico processo da impugnativa dell'atto¹²⁰.

La risposta sembra essere negativa. Il legislatore utilizza infatti la congiunzione "e" in più punti proprio per legare la "sorte" del contratto ad una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione.

Il legislatore sembra quindi aver voluto codificare la cosiddetta pregiudiziale amministrativa, tema che si apre ad una serie di diverse interpretazioni sulle quali si

¹¹⁸ Si veda Cons. Stato, Ad. Plenaria 30 Luglio 2008, n. 9.

¹¹⁹ La sentenza di condanna ad un *facere* si inserisce nella previsione generale del contenuto delle sentenze di merito. Infatti l'art. 34 c.p.a. prevede che il giudice possa condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva, misura atipica in cui rientrerebbe la condanna ad un *facere* specifico idonea a tutelare, nel caso di specie, l'interesse del ricorrente ad essere aggiudicatario della gara e contraente con la p.a..

¹²⁰ Le motivazioni poste a fondamento di tale scelta potrebbero essere le più disparate. Si pensi al caso in cui il controinteressato abbia il solo scopo di privare l'aggiudicatario e anche contraente della pubblica amministrazione, della possibilità di utilizzare gli importi della prestazione al fine di ottenere una nuova qualifica SOA per le successive gare.

sono confrontati la giurisprudenza amministrativa e quella ordinaria. Pregiudiziale amministrativa che si basa sull'assunto secondo cui non vi possa essere una cognizione dell'attività negoziale che prescinde dall'impugnazione tempestiva della fase procedimentale. Così non è al contrario, e quindi da un'azione di annullamento dell'aggiudicazione ben può discendere una dichiarazione automatica del contratto. L'inefficacia del contratto può essere quindi pronunciata solo a seguito e come conseguenza della domanda di parte sull'annullamento dell'aggiudicazione, non essendo qualificabile come sanzione autonoma.

5.5 Sanzioni alternative

Tra i nuovi poteri attribuiti al giudice amministrativo dal D.Lgs. 53/2010, in attuazione della direttiva 2007/66/CE, spicca quello di irrogare “sanzioni alternative”¹²¹.

L'art. 123 c.p.a., rubricato “Sanzioni alternative” prevede che, nei casi di cui all'art. 121, comma 4, c.p.a. il giudice amministrativo individua le sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente. I casi previsti dall'art. 121, comma 4, sono quelli in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia limitata temporalmente, quindi nei casi in cui non sia stato possibile ottenere una tutela in forma specifica¹²².

¹²¹ Nel panorama normativo comunitario l'attribuzione di tale potere non costituisce una novità poiché già la direttiva 92/13/CEE aveva previsto la facoltà per gli Stati di prevedere il pagamento di denaro con funzione sanzionatoria. Il legislatore italiano aveva però deciso di non avvalersi di tale facoltà in sede di attuazione.

¹²² L'art. 123 c.p.a. riprende il contenuto dell'art. 245-*quater* del d. lgs. 163/2006, introdotto dal d.lgs. 53/2010, e prevedeva l'applicazione di sanzioni per il caso in cui, nonostante le violazioni elencate e qualificate come gravi, non sussistessero le condizioni per dichiarare l'inefficacia del contratto o per ridurne l'efficacia nel tempo. Il comma 3 dell'art. 245-*quater* prevedeva la possibilità per il giudice di comminare sanzioni alternative se il contratto fosse stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio o senza rispettare la sospensione prevista in caso di proposizione di ricorso

Il legislatore prevede due tipi di sanzione, una di tipo pecuniario nei confronti della stazione appaltante, variabile tra lo 0,5 e il 5 per cento del valore del contratto, l'altra che prevede la riduzione della durata del contratto, da un minimo del dieci ad un massimo del cinquanta per cento del periodo residuo di efficacia. Le stesse trovano applicazione quando, anche in presenza delle violazioni previste dall'art. 121, comma 1, il contratto resti efficace, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, imponga che i suoi effetti siano mantenuti¹²³.

La dottrina si è interrogata sulla natura giuridica e sulla ratio connessa alla previsione di tale "nuovo" potere del giudice amministrativo. Ci si è chiesti che tipo di funzione abbiano le sanzioni in esame.

Si è osservato come la funzione di tali sanzioni di tipo afflittivo. Il legislatore prevedendo infatti che le stesse siano *effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione stessa*, altro non fa che richiamare la finalità di prevenzione generale e speciale, prevista dalla legge generale sulle sanzioni amministrative a carattere punitivo (L. 24 novembre 1981, n. 689).

L'applicazione di tali sanzioni non esclude poi l'eventuale condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni, lo stesso infatti non è annoverabile con le sanzioni alternative e può cumularsi con le stesse. Si sottolinea così la differenza funzionale tra i due istituti, uno finalizzato a punire la condotta

giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva. Si sanzionava quindi un comportamento scorretto della pubblica amministrazione a prescindere dall'effettivo pregiudizio che avesse subito il ricorrente.

¹²³ Si rimarca il carattere "alternativo" delle sanzioni di che trattasi rispetto all'inefficacia del contratto. Tuttavia, osserva la dottrina, in alcune ipotesi il carattere dell'alternatività manca come, per esempio, nei casi in cui decida per l'inefficacia del contratto circoscritta ad un determinato periodo temporale, laddove è previsto che il giudice possa irrogare comunque le sanzioni.

dell'Amministrazione, l'altro finalizzato a far ottenere all'appaltatore il ristoro patrimoniale.

Se è pacifico in dottrina che le sanzioni alternative di tipo pecuniario, previste dall'art. 123, comma 1, lett. a), siano considerate come sanzioni amministrative aventi carattere punitivo, lo stesso non può dirsi per le sanzioni previste dallo stesso articolo alla lettera b), quelle cioè che prevedono la riduzione della durata del contratto. Questa sanzione va infatti a colpire anche l'appaltatore per delle violazioni compiute in realtà dalla stazione appaltante.

Quindi solo la sanzione pecuniaria può essere considerata avente carattere afflittivo, posto che a questa si riferiscono i criteri di quantificazione relativi alla gravità della violazione, all'opera svolta per l'eliminazione o per l'attenuazione degli effetti¹²⁴.

La riduzione della durata del contratto, secondo il prevalente orientamento dottrinale, sembra svolgere una funzione diversa rispetto alle sanzioni pecuniarie, ovvero la funzione di ristabilire la legalità materiale alterata dalla stipula *contra ius* del contratto¹²⁵. Questo avverrebbe secondo lo schema tipico delle misure a carattere ripristinatorio, le quali avrebbero, nel caso di specie, la finalità di ripristinare l'alterazione del mercato e della tutela della concorrenza causata dall'aggiudicazione illegittima¹²⁶.

Secondo tale impostazione, si spiegherebbe inoltre la scelta del legislatore di prevedere la cumulabilità con le due sanzioni alternative, quella pecuniaria e quella che prevede la riduzione della durata contrattuale.

¹²⁴ Così P. Cerbo, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urbanistica e Appalti* n. 8/2010.

¹²⁵ Si osserva inoltre come la sanzione della riduzione della durata del contratto svolgerebbe la stessa funzione che, in ambito civilistico, viene svolta attraverso la sostituzione automatica di clausola nulla, ex art. 1419, comma 2, c.c., per violazione di norma imperativa.

¹²⁶ A tale conclusione arriva P. Cerbo, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, op. cit.

Un'altra questione oggetto di dibattito dottrinale sollevata dalla previsione di questo nuovo potere del giudice amministrativo è se sia stata violata la riserva di amministrazione in materia sanzionatoria. Una parte della dottrina ha messo in dubbio la costituzionalità di tale potere, sostenendo che verrebbe riconosciuto al giudice un potere sostanzialmente amministrativo¹²⁷.

La dottrina prevalente¹²⁸ ha replicato a tali accuse sostenendo che se dall'art. 13 Cost. è possibile desumere una riserva di giurisdizione sull'irrogazione delle sanzioni penali, in ragione della loro capacità di incidere sulla libertà personale, non è corretto per ciò solo ritenere che sussista una simmetrica riserva di amministrazione sull'irrogazione delle sanzioni amministrative, in ragione della loro incidenza su beni essenzialmente patrimoniali.

Si sostiene inoltre che più volte il legislatore ha attribuito al giudice il potere di comminare sanzioni amministrative pecuniarie o ripristinatorie della legalità materiale violata. Si pensi all'attribuzione al giudice penale della competenza sanzionatoria prevista dalla Legge generale sulle sanzioni amministrative (L. 689/1981) oppure ancora al potere del giudice civile di comminare sanzioni nelle ipotesi previste dalla L. n. 54/2016, oppure ancora alle ipotesi di potere sanzionatorio del giudice penale in materia ambientale.

Nelle ipotesi di cui ci si occupa la particolarità sta nel fatto che a comminare le sanzioni non sia il giudice civile o il giudice penale, ma il giudice amministrativo.

¹²⁷ In particolare F. Cintioli, in *In difesa del processo di parti*, in www.giustamm.it. Mette in dubbio la costituzionalità di tale potere sostenendo che la scelta del tipo di sanzione da irrogare, l'opzione tra la cumulabilità o alter natività delle due sanzioni, oltre che la fissazione della loro concreta misura, sono tutte manifestazioni di un potere amministrativo autonomo. Egli sostiene inoltre che l'assegnazione al giudice amministrativo del potere di comminare sanzioni amministrative non era una prescrizione del legislatore comunitario alla quale il legislatore nazionale si era dovuto adeguare, posto che la direttiva ricorsi si era limitata a stabilire che gli Stati dovessero attribuire tale potere ad un organo di ricorso indipendente.

¹²⁸ Si veda P. Cerbo, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, op. cit

A tal proposito si sottolinea come non vi siano specifiche ragioni che precludano al giudice amministrativo la possibilità di irrogare sanzioni e di effettuare tutte le valutazioni del caso¹²⁹.

La pronuncia sulle sanzioni alternative si colloca quindi tra le pronunce consequenziali rispetto alla questione principale oggetto del giudizio rappresentata dall'illegittimità del procedimento amministrativo e dal suo atto conclusivo dell'aggiudicazione definitiva. Il legislatore stabilisce che il giudice amministrativo applichi le sanzioni alternative assicurando il rispetto del principio del contraddittorio, aggiungendo che in tale ipotesi si applichi l'art. 73, comma 3, del codice del processo amministrativo.

Il giudice cioè indica in udienza, dandone atto a verbale, che potrebbe disporre una misura alternativa, invitando le parti ad esprimere i loro punti di vista. Se invece la questione emerge dopo il passaggio in decisione, *il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.*

Ora, posto che l'applicazione delle sanzioni alternative presuppone una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e l'impossibilità di prevedere una dichiarazione di inefficacia del contratto, nei casi previsti dalla legge, il giudice ben potrebbe adottare una sentenza di annullamento indicando i motivi per i quali ritiene di non dichiarare l'inefficacia del contratto e, quindi, sulla base del disposto dell'art. 73, comma 3, c.p.a., assegnare con ordinanza alle parti il termine per presentare memorie al fine di interloquire sul tipo e la misura della sanzione alternativa.

¹²⁹ La difficoltà forse sta ancora nell'accettare quella "unità pluralistica" della giurisdizione emersa nelle pronunce della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Si osserva come la Corte di Cassazione abbia assegnato con l'art. 24 Cost., all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. La pluralità dei giudici, ordinari e speciali, non può risolversi in una minore effettività o vanificazione della tutela giurisdizionale. Si confrontino Corte Cost. 12 marzo 2007, n. 77 e Cass., Sez. Un. 29 Aprile 2009, n. 9956.

La previsione della necessità del contraddittorio viene utilizzata dalla dottrina come argomento a favore della compatibilità costituzionale dell'attribuzione al giudice amministrativo del potere di irrogare tali sanzioni.

5.6 Tutela per equivalente

Si è detto di come la possibilità di ottenere il subentro nel contratto oltre a presupporre che la domanda di subentro sia stata presentata unitamente a quella demolitoria dell'aggiudicazione e che il contratto sia ancora da eseguire per una buona parte. Per contro è chiaro come non si possa parlare di subentro nel contratto nel caso in cui nelle more del giudizio il contratto sia stato completamente o quasi eseguito.

In quest'ultimo caso residua unicamente la tutela risarcitoria per equivalente, prevista dall'art. 124 del Codice del processo amministrativo¹³⁰, che mira a regolamentare i rapporti tra la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente.

La regola cardine è che il massimo della tutela viene conseguita attraverso la declaratoria di inefficacia del contratto che condiziona la possibilità di ottenere poi l'aggiudicazione ed il subentro nel contratto¹³¹.

¹³⁰ L'art. 124 c.p.a. recita: "1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. 2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 del codice civile.

¹³¹ A fondamento di tale impostazione, vi è l'idea che ha ispirato il legislatore delegato secondo cui se il contratto non è stato sottoscritto o è stato dichiarato inefficace, il ricorrente, in presenza dei presupposti richiesti, può ottenere l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto ovvero può partecipare alla gara di cui viene disposta la totale o parziale rinnovazione, con la conseguenza che il suo interesse è stato soddisfatto e non può eccepire alcun danno. Così E. Follieri, I poteri del giudice amministrativo, op. cit.

Dalla lettera della norma poi si desume che il ricorrente, ai fini del conseguimento dell'aggiudicazione, debba proporre la relativa domanda, senza la quale il giudice non può statuire sul risarcimento in forma specifica. Ed è stabilito altresì che il comportamento della parte che non abbia proposto domanda possa essere valutato dal giudice alla stregua del canone del concorso colposo della parte nella responsabilità contrattuale. Il giudice cioè potrebbe limitare il riconoscimento del risarcimento richiesto disponendolo solo per equivalente monetario.

Il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto in tutti i casi in cui il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, o perché i vizi riscontrati e la possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione non sussista, oppure perché lo stato di esecuzione del contratto è talmente avanzato da non consentire il subentro del ricorrente.

Il legislatore ha inoltre chiarito che le sanzioni alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto che si sostanziano nella condanna della stazione appaltante al pagamento di una sanzione pecuniaria, non interferiscono con la condanna al risarcimento dei danni¹³².

Le valutazioni sottese alle due pronunce sono sostanzialmente diverse. Se l'azione di adempimento si soddisfa con l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto, e quindi con l'ottenimento dell'atto a tutela dell'interesse legittimo pretensivo, per il risarcimento in forma specifica si somma la valutazione circa il danno e l'illecito, elementi essenziali del risarcimento¹³³.

¹³² Si veda l'art. 123 del Codice del processo amministrativo.

¹³³ A tal proposito si osserva come "l'alternatività" tra la tutela in forma specifica e quella per equivalente provochi un regresso di tutela rispetto alla previsione dello stesso art. 34 c.p.a. secondo cui il ricorrente può proporre azione di condanna per risarcimento dei danni derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, sia in forma specifica che per equivalente. Per la materia degli appalti viene esclusa la possibilità di ottenere il danno per equivalente quando il ricorrente ottiene l'adempimento anche se, in concreto, vi possano essere danni. A parere di E. Follieri, I poteri del giudice amministrativo, op.cit.

Dalla lettera della norma si evince inoltre che il danno debba essere subito e provato dal ricorrente. Su tale tema, si rileva la tesi di quanti ritengono che il legislatore abbia voluto imporre al ricorrente una maggiore precisione nella dimostrazione del pregiudizio subito, con la conseguenza che alla totale carenza probatoria non può supplire la richiesta della consulenza tecnica d'ufficio¹³⁴.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3858 del 13 settembre 2016, ha ribadito quali siano i presupposti per il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione dell'appalto¹³⁵.

In particolare, nella sentenza in esame, il Collegio ha ravvisato che *“per consolidato orientamento, inquadrando la responsabilità della p.a. da provvedimento illegittimo nell’ambito del modello aquiliano, il privato può provare la colpa dell’amministrazione anche semplicemente dimostrando l’illegittimità del provvedimento lesivo, illegittimità la quale, pur non identificandosi nella colpa, costituisce tuttavia, un indizio (grave, preciso e concordante) idoneo a fondare una presunzione (semplice) di colpa che l’amministrazione può vincere dimostrando elementi concreti da cui possa evincersi la scusabilità dell’errore compiuto”*.

Nel caso in cui la parte non riesca a fornire prova dell'utile ritraibile in caso di aggiudicazione dell'appalto, il Collegio ha ritenuto che possa applicarsi la regola della misura del 5 per cento, e quindi “il danno da mancata aggiudicazione, in assenza di allegazione probatoria, debba essere liquidato nella misura del 5 per cento dell'offerta, in quanto è ragionevole ritenere che essa abbia riutilizzato mezzi e manodopera impiegati per la gara da cui è stata esclusa illegittimamente per lo

¹³⁴ La dottrina distingue inoltre l'ipotesi in cui l'impresa ingiustamente non aggiudicataria non riesca a provare il proprio diritto all'aggiudicazione. In tale ipotesi, il danno sofferto dall'impresa partecipante, derivante da una procedura basata sull'applicazione di un criterio di scelta non meccanico, viene risarcito attraverso il ricorso ad una liquidazione percentuale secondo la tecnica del danno da perdita di chance. Secondo la giurisprudenza, non essendo possibile quantificare il danno nel suo preciso ammontare, va liquidato ai sensi dell'art. 1226 c.c. , e quindi in via equitativa.

¹³⁵ Cfr Cons. Stato, IV, 16 aprile 2016, n. 1347; Cons. Stato, IV, 4 settembre 2015, n. 4115.

svolgimento di altri lavori analoghi o di servizi e forniture, vedendo così ridotta la propria perdita di utilità.

6.CONCLUSIONI

La presente tesi di dottorato analizza il tema dei poteri attribuiti al giudice amministrativo a seguito del recepimento della direttiva comunitaria 2007/66/CE, in sede di pronuncia sull'inefficacia del contratto.

Il percorso normativo e giurisprudenziale che ha seguito il tema di che trattasi può essere così sintetizzato.

Il legislatore comunitario, con la direttiva 2007/66/CE, al fine di garantire una tutela piena ed efficace al ricorrente, introduce delle “facoltà” per gli Stati membri volte ad adottare una disciplina in materia di sorte del contratto che fosse in grado di garantire la possibilità per il privato di ottenere il bene della vita cui aspira.

Fino al momento del recepimento da parte del legislatore nazionale della disciplina comunitaria che avviene solo con il d.lgs. 53/2010¹³⁶, la giurisprudenza ordinaria e amministrativa tenta di risolvere la questione dando delle indicazioni sulla competenza in merito alla sorte del contratto. Interviene così la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a dirimere il conflitto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nelle controversie riguardanti la materia degli appalti pubblici, che indicò, quale strada per superare la questione, la sede del giudizio di ottemperanza e quindi la strada della giurisdizione estesa al merito.

Il Consiglio di Stato, chiamato ad esprimere il proprio parere sullo schema del decreto di recepimento della direttiva comunitaria, aveva invece ritenuto necessario

¹³⁶ Il legislatore comunitario, si ricordi, aveva previsto per gli Stati membri la facoltà di prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice avesse la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti nel caso in cui fosse stato aggiudicato illegittimamente e di irrogare sanzioni alternative.

qualificare la giurisdizione del giudice amministrativo come esclusiva, sebbene la legge delega avesse previsto anche la possibilità di prevedere un'ipotesi di giurisdizione di merito.

Si arriva così al recepimento della direttiva comunitaria, con l'introduzione degli artt. 245 *bis* e 245 *ter* dell'allora vigente Codice dei contratti (d.lgs. 163/2006), disciplina ora confluita nel d.lgs. 50/2016. Il codice del processo amministrativo poi, alla cui disciplina rinviano gli articoli citati, ha poi espressamente annoverato la dichiarazione di inefficacia del contratto nell'ambito della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 c.p.a., ma non anche nell'ambito della giurisdizione estesa al merito prevista dall'art. 134 c.p.a..

Tuttavia, i prodromi della disciplina che si sta analizzando vanno ricercati nel cambio di rotta, nella valutazione degli interessi meritevoli di tutela da parte del legislatore nazionale, a seguito dell'avvento del mercato unico europeo. E' infatti in tale prospettiva che l'attenzione del legislatore si sposta da parametri puramente contabilistici per arrivare a considerare, in via primaria, interessi legati alla tutela del libero mercato e della concorrenza.

E' in questo contesto che si inserisce la disciplina oggetto della nostra analisi ed il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di poteri del giudice amministrativo in caso di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto negli appalti pubblici. Dibattito che inevitabilmente ha abbracciato sia gli aspetti di natura sostanziale sia gli aspetti di natura processuale¹³⁷.

¹³⁷ Si afferma che le ragioni del coinvolgimento di aspetti sia di natura sostanziale che di natura processuale vadano ricercati nel modo con il quale la giurisprudenza ha impostato la problematica, che ha sempre posto a fondamento del suo argomentare il nesso di stretta consequenzialità tra l'atto autoritativo del procedimento ad evidenza pubblica all'atto pattizio concluso con il privato.

Il filo conduttore ed ispiratore della disciplina comunitaria, recepita dal nostro ordinamento è, si tenga presente, l'obiettivo di trovare una tutela piena ed efficace agli interessi degli operatori economici: garantire cioè l'interesse del partecipante alla gara, illegittimamente non risultato vincitore, di conseguire l'appalto, ed ottenere così la soddisfazione in via specifica del suo interesse.

Sotto il profilo sostanziale, il dibattito storico dottrinale ha individuato nel panorama giurisprudenziale quattro orientamenti, che danno diverse letture dell'invalidità e che inevitabilmente condizionano il riparto di giurisdizione.

Secondo la dottrina tradizionale, dall'annullamento dell'aggiudicazione discendeva l'annullabilità relativa del contratto, ai sensi dell'art. 1441 c.c.. La giurisprudenza ordinaria inquadrava cioè la questione nella tematica del vizio della legittimazione a contrarre da parte dell'organo che aveva espresso la volontà dell'Ente¹³⁸. Il presupposto dal quale prendeva l'avvio tale impostazione, andava ricercato nella convinzione che gli atti amministrativi adottati nelle procedure ad evidenza pubblica che precedono la stipulazione del contratto *iure privatorum*, rappresentano mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, con la conseguenza che i loro vizi, traducendosi in difetto di capacità della pubblica amministrazione, sono deducibili, in via di azione o di eccezione solo dalla stazione appaltante, al fine di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, e non anche dal privato¹³⁹.

Il fondamento dell'annullabilità veniva poi ricondotta ad un vizio del consenso per errore essenziale ai sensi dell'art. 1427 c.c. ovvero per incapacità a contrattare della stazione appaltante ai sensi dell'art. 1425 c.c..

¹³⁸ Ex multis Cass. Civ., Sez. II, n. 1885/1995, Cass. Civ. N. 4269/1996.

¹³⁹ Tale tesi, si sosteneva, era l'unica che potesse garantire la certezza dei rapporti giuridici, a differenza della tesi della nullità assoluta che implicava che qualunque terzo escluso potesse far valere la nullità del contratto in qualunque momento, anche a distanza di tempo.

Secondo altra impostazione, presente sia nella giurisprudenza del giudice ordinario che di quello amministrativo, l'annullamento dell'aggiudicazione comportava la nullità del contratto di appalto¹⁴⁰.

In particolare, l'ipotesi veniva ricondotta alle cosiddette nullità testuali previste dall'art. 1418, comma 1, c.c., ovvero alle ipotesi in cui il contratto si ponesse in contrasto a norme imperative, che nel caso di specie, venivano individuate nelle norme di azione caratterizzanti la procedura ad evidenza pubblica¹⁴¹. Si sosteneva così che l'invalidità degli atti di gara, facendo venir meno il provvedimento di aggiudicazione *ex tunc*, impediva il perfezionamento giuridico dell'accordo, elemento essenziale di ogni contratto.

Tale tesi in realtà non trovò largo consenso in giurisprudenza né in dottrina. Si criticava soprattutto il fatto che essa assegnava ad un fatto sopravvenuto quale era l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, la valenza di difetto genetico comportante l'invalidità radicale del contratto, esponendo peraltro lo stesso ad un accertamento senza limiti di tempo, mettendo così a rischio la certezza dei rapporti giuridici della pubblica amministrazione.

Un terzo orientamento che propende per l'inefficacia del contratto, faceva discendere dall'annullamento dell'aggiudicazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, l'inefficacia del contratto precedentemente stipulato. In base a tale ricostruzione, la p.a., in caso di annullamento dell'aggiudicazione, viene privata *ex tunc* della legittimazione a negoziare e pertanto, avendo la stessa negoziato *injure*, il contratto diventerebbe *ab origine* inefficace.

¹⁴⁰ Ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza n. 3355/2004.

¹⁴¹ Le disposizioni che disciplinano la procedura ad evidenza pubblica, si osservava, finalizzate alla scelta del contratto, postulano, nel caso di aggiudicazione illegittima, un divieto di stipulare il contratto con l'aggiudicatario illegittimo. Cfr. Cons. Stato, n. 6281/2002.

Secondo un'ultima ricostruzione giurisprudenziale¹⁴², l'annullamento dell'aggiudicazione comportava la caducazione automatica del contratto. Tale impostazione prendeva come presupposto, il rapporto di stretta consequenzialità tra gli atti aventi natura pubblicistica e quelli di natura privatistica. Da tale nesso di presupposizione necessaria discendeva, dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, l'automatica caducazione del contratto, in conseguenza del venir meno di uno dei suoi presupposti di efficacia.

In sostanza, l'organo amministrativo che aveva stipulato il contratto, una volta che veniva a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, mediante i quali si era formata la volontà contrattuale dell'amministrazione, si trovava nella condizione di aver stipulato *injure*, privo cioè della legittimazione che gli era stata conferita nei precedenti atti amministrativi.

Nel panorama normativo e giurisprudenziale descritto si inserisce il dibattito, tra i più interessanti afferenti all'attività amministrativa, riguardante la giurisdizione sulla sorte del contratto in caso di annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Ed è in questo panorama normativo e giurisprudenziale che la dottrina si scatena negli approfondimenti circa la natura della giurisdizione, se esclusiva o di merito, sulla natura della pronuncia del giudice amministrativo, e sui rapporti, ancora una volta tra gli aspetti di diritto amministrativo e di diritto civile, che inevitabilmente si intersecano e caratterizzano la storica dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

E se fino a poco tempo prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 53/2010 era impensabile che il giudice amministrativo potesse anche solo interessarsi ad un

¹⁴² Cons. Stato, n. 2992/2003; Cons. Stato n. 244/2000.

istituto di diritto privato, quale è il contratto, col tempo, vengono costruiti i percorsi per tentare di superare la storica impostazione del riparto di giurisdizione basata sulla dicotomia interesse legittimo/giudice amministrativo – diritto soggettivo/giudice ordinario.

Tale era l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁴³ che perimetrarono il raggio di cognizione del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici frenando la possibilità di includere qualsiasi tipo di cognizione sulla sorte del contratto dopo l'aggiudicazione della gara. Ciò nella convinzione che l'art. 244 dell'allora vigente Codice dei contratti pubblici, avesse attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture ma non anche le controversie sorte per effetto delle irregolarità-illegittimità del procedimento amministrativo¹⁴⁴.

Tale impostazione veniva poi ripresa dalla Corte Costituzionale che ribadiva che quando la controversia inerisce esclusivamente ai diritti soggettivi e la p.a. agisce con poteri di natura privatistica, allora la cognizione sulla stessa appartiene al giudice ordinario.

La questione del riparto di giurisdizione venne anche analizzata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nel difendere gli spazi del giudice amministrativo, aderì all'orientamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione secondo cui è sottratta alla cognizione del giudice amministrativo la cognizione sulla domanda volta a far valere l'invalidità del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma allo stesso tempo ritaglia uno spazio al g.a. in sede di esecuzione del giudicato.

¹⁴³ Sentenza n. 27169/2007.

¹⁴⁴ Alla base di tale orientamento la Corte poneva anche la previsione dell'art. 103, comma 1 della Costituzione che stabilisce che il criterio del riparto di giurisdizione sia basato sulla separazione tra il piano del diritto pubblico, affidato alla cognizione del giudice amministrativo, e quello negoziale, retto dal diritto privato.

L'Adunanza Plenaria, nel tentativo di valorizzare la figura del giudice amministrativo, tenta di recuperare il ruolo dello stesso, individuando la strada del giudizio di ottemperanza¹⁴⁵.

Il cambio di rotta con il superamento del tradizionale criterio di riparto delle giurisdizioni fondato sulla natura delle posizioni giuridiche soggettive che trovava fondamento nell'art. 103 Cost., si ha con il d.lgs. 80/1998, poi confermato nei contenuti dalla L. 205/2000, che ha finito col generalizzare il modello della giurisdizione esclusiva per prediligere un innovativo criterio di riparto basato sulla distinzione per materie.

Ragioni di celerità del processo, di effettività e pienezza della giustizia richiamarono inevitabilmente soluzioni alternative ed innovative che potessero garantire la concentrazione delle decisioni di tutte le questioni connesse e conseguenti all'annullamento di un provvedimento di aggiudicazione¹⁴⁶.

La risposta a tali esigenze arriva con la normativa comunitaria, la direttiva 66/2007/CE, recepita con il d.lgs. 53/2010 e trasposta nel Codice del processo amministrativo.

¹⁴⁵ L'Adunanza Plenaria aderisce all'orientamento che estende al massimo i poteri del giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza, (cosiddetta teoria del giudicato progressivo). Il giudice dell'ottemperanza, secondo tale orientamento, aveva il potere di integrare, in sede di attuazione, il contenuto della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, fino al punto di vagliare, *incidenter tantum*, anche la validità del contratto di appalto, dando così luogo al giudicato progressivo.

¹⁴⁶ La stessa Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 14260/2012, statuisce che *"l'affermata giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto postula inevitabilmente che le domande conseguenti ad una tale declaratoria debbano essere conosciute dallo stesso giudice al quale è riconosciuta la cognizione sul contratto"*.

E' con tale normativa che viene risolta la questione interpretativa relativa alla sorte del contratto in caso di annullamento del provvedimento giurisdizionale di aggiudicazione a favore dell'inefficacia¹⁴⁷.

Da qui, la previsione degli artt. 121-124 c.p.a. con l'introduzione di nuovi e più ampi poteri del giudice amministrativo, tanto da far propendere per un'interpretazione di giurisdizione esclusiva estesa al merito¹⁴⁸.

Ecco che il giudice amministrativo si trova investito del potere di accertare e valutare la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto al fine di stabilire se la declaratoria di inefficacia sia limitata alle prestazioni ancora da eseguire oppure operi in via retroattiva; il mantenimento degli effetti del contratto qualora lo richiedano *esigenze imperative connesse ad un interesse generale*; al di fuori dei casi di dichiarazione necessaria di inefficacia del contratto, il giudice deve valutare gli interessi delle parti, l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto al fine di poter adottare una dichiarazione di inefficacia dello stesso.

Il legislatore in sostanza, con le previsioni del d.lgs. 104/2010, ha ampliato i poteri del giudice amministrativo tanto da far pensare di essere dinanzi ad una nuova ipotesi di giurisprudenza di merito, soprattutto là dove consente al giudice amministrativo di valutare gli interessi pubblici sottesi alla vicenda, svolgendo così un'attività in sostituzione della pubblica amministrazione che li ha in cura¹⁴⁹.

¹⁴⁷ La direttiva 2007/66/CE disponeva infatti che gli stati membri potessero prevedere che l'organo di ricorso indipendente dell'amministrazione aggiudicatrice avesse la facoltà di non considerare privo di effetti il contratto, sebbene lo stesso fosse stato aggiudicato a seguito di aggiudicazione illegittima.

¹⁴⁸ Sul dibattito si è dato atto nella presente tesi.

¹⁴⁹ Con le previsioni introdotte dal d.lgs. 53/2010 il legislatore sembra aver voluto introdurre una vera e propria frattura tra la validità della procedura di gara e la validità del contratto poiché l'invalidità amministrativa non incide sempre e comunque sulla vicenda negoziale. L'inefficacia del contratto è infatti concepita come sanzione che il giudice amministrativo può comminare in caso di

Particolarmente interessante è stato il dibattito sulle implicazioni della previsione dei nuovi e più ampi poteri del giudice tanto da far pensare ad uno sconfinamento nell'area decisionale della pubblica amministrazione e ad un eccesso di potere del giudice amministrativo. E se, solo nell'anno in corso, si è “risolta” la questione con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 7295/2017, allora si comprende come il problema non sia stato di facile interpretazione.

Al centro della questione vi è l'art. 122 c.p.a.¹⁵⁰. La lettura della norma impone, a contrario, di ritenere che nel caso in cui il vizio dell'aggiudicazione comporti il rinnovo della procedura di gara, allora il giudice amministrativo non potrebbe dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Tale potere spetterebbe cioè all'Amministrazione che dovrebbe scegliere se mantenere in vita il contratto nel rispetto del pubblico interesse, oppure di procedere alla sua risoluzione.

La Suprema Corte, con la sentenza in esame, supera tale impostazione sostenendo che *“perché si configuri il vizio di eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo sotto la specie dell'esercizio di una attività decisoria implicante l'adozione di una statuizione corrispondente ad un'attività provvedimentale, il cui compimento l'ordinamento riserva all'amministrazione, è necessario che quella statuizione abbia un contenuto corrispondente a quello del potere riservato alla pubblica amministrazione”*.

violazione delle norme poste a tutela della concorrenza. Così A. Ilacqua, in *La sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: problematiche relative alla giurisdizione*, op. cit.

¹⁵⁰ L'art. 122 c.p.a., rubricato “Inefficacia del contratto negli altri casi” così recita: *“Fuori dai casi indicati dall'art. 121, comma 1, e dall'art. 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

Alla figura della declaratoria di inefficacia del contratto disciplinata dall'art. 122, prosegue la Corte, non fa riscontro una figura di provvedimento amministrativo di declaratoria di inefficacia del contratto, stipulato in ambito di disciplina dei contratti pubblici attribuito all'amministrazione. Ciò non era previsto dal d.lgs. 163/2006 e non lo prevede il nuovo Codice dei contratti, d.lgs. 50/2016.

La Suprema Corte osserva come il Consiglio di Stato abbia nelle ultime sentenze¹⁵¹ richiamato la motivazione dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 2011, affermando che l'art. 122 regola l'inefficacia del contratto attribuendo al giudice il potere di stabilire se dichiarare tale inefficacia valutati i presupposti prescritti dalla norma e se vi siano elementi per ritenere che l'appalto possa essere aggiudicato al ricorrente vittorioso. La norma è applicabile nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione *non comporti l'obbligo di rinnovare la gara*.

Ad avviso del Collegio tale previsione risulta essere generalizzata, a differenza delle ipotesi previste dall'art. 121, nel quale il legislatore ha tipizzato alcuni casi in cui il giudice amministrativo deve dichiarare l'inefficacia del contratto, sempre previo riscontro dei presupposti. Nel caso in esame invece la dichiarazione di inefficacia sarebbe affidata ad un potere di valutazione del giudice.

A conclusione della disamina sull'argomento oggetto di questa tesi di dottorato si può ben affermare come le difficoltà legate alla ripartizione della giurisdizione in materia di contratti pubblici non siano state ancora superate.

A tal proposito parte della dottrina afferma la necessità di stabilire una volta per tutte il criterio *ratione materiae* attraverso la riformulazione dell'art. 103 della

¹⁵¹ Si vedano Cons. Stato, n. 140/2015; n. 1126/2016.

Costituzione con l'elencazione precisa nella legge di ciò che rientra in ciascuna giurisdizione¹⁵².

In realtà, nel nostro ordinamento, l'art. 133 del Codice del processo amministrativo elenca già le materie oggetto di giurisdizione esclusiva nelle quali il giudice amministrativo conosce sia degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi. E la materia di che trattasi, le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture svolte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica, rientra proprio tra questi casi.

Tuttavia, nonostante l'estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, le controversie sorte in sede di esecuzione del contratto rimangono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario¹⁵³.

E se ancora a distanza di anni dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo permangono problemi interpretativi sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, non si può certo sottacere di fronte alla grande evoluzione subita dal processo amministrativo e prima ancora, dal ruolo del giudice amministrativo, che viene investito del potere di conoscere il rapporto sotteso alla controversia, attraverso il riconoscimento di un sindacato a tutto campo, accompagnato da nuovi poteri istruttori e decisori.

¹⁵² Così G. D'Angelo, in "Questione di giurisdizione e qualificazione della posizione giuridica fatta valere in giudizio, in *Urbanistica e Appalti* n. 4/2016.

¹⁵³ Criterio ripreso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014 che ha ritenuto che una volta stipulato il contratto d'appalto, la pubblica amministrazione, se rinvenga sopravvenute ragioni di inopportunità alla prosecuzione del rapporto negoziale, non possa utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma debba esercitare il diritto potestativo di recesso. Il presupposto dell'esercizio del potere di revoca, secondo l'Adunanza Plenaria, è infatti la diversa valutazione dell'interesse pubblico ed appartiene più propriamente alla fase pubblicistica. Il *discrimen* quindi per l'esercizio del potere di revoca o del diritto potestativo di recesso dal contratto è costituito quindi dall'avvenuta stipula del contratto.

Tutto ciò, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva che prescinde dal riconoscimento di sé stessa nell'ambito di un modello processuale predefinito, non essendo e non potendo essere standardizzata. Occorre cioè, trascendere dai modelli processuali finora conosciuti e tipizzati e verificare la disciplina attributiva della giurisdizione esclusiva di volta in volta prevista, al fine di comprendere di quali poteri disponga il giudice nella concreta fattispecie¹⁵⁴.

¹⁵⁴

Così E. Follieri, che riprende quanto auspicato da A. Police, in *Le forme della giurisdizione*, op. cit..

BIBLIOGRAFIA

- Scoca AA.VV. Manuale di diritto amministrativo,
- E. Follieri, I poteri del Giudice amministrativo nel Decreto Legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo, in. Dir. Proc. Amm. N. 4/2010;
- G. Alpa, R. Garofoli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel Diritto Editore, IV edizione;
- AA. VV., Giustizia Amministrativa, a cura di Franco Gaetano Scoca, Giappichelli editore;
- F. Federici, *Annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Tutela in forma specifica e per equivalente del ricorrente*,
- E. Follieri, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, Urbanistica e appalti n.6/2012;
- P. Patrito M. Protto, *Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e Giudice competente sulle domande di dichiarazione di inefficacia del contratto e di indebito o arricchimento senza causa*, Urbanistica e Appalti n. 12/2012;
- Bartolini, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps*, Urbanistica e Appalti n. 2/2012;
- E. Sticchi Damiani, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, Report annuale 2012;
- Garofoli – Ferrari, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nella disciplina del Codice del Processo Amministrativo*, NelDiritto.it;
- F. Caringella, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, Urbanistica e Appalti n. 1/2012;
- E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione ed inefficacia funzionale del contratto*, in Dir. Proc. Amm. N. 1/2011;

- P. Carpentieri, Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti), in Dir. Proc. Amm. N. 2/2011;
- M. C. Cavallaro, Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo, in Dir. Proc. Amm. N. 4/2010;
- E. Follieri, I poteri del Giudice amministrativo nel Decreto Legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo, in. Dir. Proc. Amm. N. 4/2010;
- G. Visconte, Aggiudicazione e contratto dopo il codice del processo amministrativo, www.ildirittoamministrativo.it;
- P. Gotti, Considerazioni su sorte del Contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo, Annali della Facoltà Giuridica di Camerino n. 1/2012;
- S. Ruscica, Inefficacia del contratto di appalto pubblico, Giuffrè Editore, 2011;
- AA.VV. Il nuovo processo amministrativo, Zanichelli Editore, 2011;
- E. Follieri, Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici, Relazione al convegno su “Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi”, Università degli studi Magna Graecia di Catanzaro;
- G. Ferrari, L’annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell’appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo C.p.a.;
- P.M. Zerman, Annullamento dell’aggiudicazione ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato (commento alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 Maggio 2009, n. 3070);
- M. Lipari, *Il recepimento della Direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel D. Lgs. N. 53 del 2010*, in Il Foro Amministrativo, Tar, Gennaio 2010;
- M. Lipari, *L’annullamento della giurisdizione e gli effetti del contratto: poteri del giudice*, in Il Foro Amministrativo, Tar, Settembre 2010;

- M. C. Cavallaro, *La giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: Brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte Costituzionale*, in Dir. Proc. Amm. N. 3/2010;
- V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal D. Lgs. N. 53 del 2010 di attuazione della Direttiva ricorsi*, in Dir. Proc. Amm. N. 4/2010;
- F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in Foro Amministrativo, Tar, Febbraio 2007;
- V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in Il Foro Amministrativo, Tar, Aprile 2006;
- G. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in Dir. Proc. Amm. N. 2/2007;
- E. Sticchi Damiani, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in Dir. Proc. Amm. N. 3/2003;
- F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Giuffré Editore;
- N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffré Editore, 2011;
- F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffré editore;
- P. M. Vipiana, *Giurisdizione Amministrativa esclusiva*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*;
- M. Clarich, *Processo amministrativo dal volto dinamico dopo un anno di applicazione del nuovo codice*, in Guida al diritto n. 38/2011;
- A. Police, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, Giappichelli Editore, Quarta Edizione;
- D. Ponte, *Sorte e inefficacia del contratto pubblico: decide già il giudice in sede di ottemperanza*, in Guida al diritto n. 16/2011;
- M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino editore, 2013;
- Franco Gaetano Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffré editore, 2008;

- Domenico Carbonara, I contratti della p.a.: la fase dell'evidenza pubblica nella giurisprudenza, Cacucci Editore, Bari 2005;
- Roberto Caranta, I contratti pubblici, G. Giappichelli Editore, Torino;
- Chiara D'Alfonso, Annullamento dell'aggiudicazione ed integrale esecuzione del contratto, l'interesse dell'impresa pretermessa e i profili di irresponsabilità dell'amministrazione, in Rivista trimestrale degli appalti, Maggioli editore;
- Fabio Saitta, La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: Quale giurisdizione?, in Rivista trimestrale degli appalti, Maggioli editore;
- F. Arienzo, L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra amministrazione autorità e amministrazione parte contrattuale; i limiti del potere di autotutela, in Rivista trimestrale degli appalti, Maggioli editore;
- Beatrice Nola, La sorte del contratto d'appalto in caso di annullamento dell'illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo, in Rivista trimestrale degli appalti, Maggioli editore.
- Marco Tiberii, La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica, Analisi sulla pregiudizialità-dipendenza, Edizioni Scientifiche italiane, 2010;
- Alfonso Graziano, Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo, Lex Italia n. 5/2010;
- F. Caringella e R. Garofoli, Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza n. 500/99, in Lex Italia.it;
- A. Benigni, Le Sezioni unite e la risarcibilità dell'interesse legittimo: prima si decide, poi si motiva. Ma il cittadino è veramente tutelato?, Lex Italia.it;
- M. Ambroselli, Limiti alla giurisdizione del Giudice amministrativo sulle domande di risarcimento del danno, in Lex Italia.it;
- S. Agrifoglio, La riforma del diritto amministrativo tra diritto europeo e costituzione: un doppio tradimento, in LexItalia.it;
- F. Satta, L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto, in Diritto Amministrativo n. 4/2003, Giuffrè editore;

- F. Cintioli, Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto, in Diritto Processuale Amministrativo n. 1/2003, Giuffré editore;
- E. Follieri, La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Diritto Processuale Amministrativo n. 1/1999, Giuffré editore;
- E. M. Barbieri, Il risarcimento che si addice alla lesione degli interessi legittimi, in Diritto Processuale Amministrativo n. 3/2002, Giuffré editore;
- M. Clarich, Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, in Diritto Processuale Amministrativo n. 3/2005, Giuffré editore;
- C. Consolo, Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni. Il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi, in Diritto Processuale Amministrativo n. 3/2007, Giuffré editore;
- R. Villata, Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?, in Diritto Processuale Amministrativo n. 2/2007, Giuffré editore;
- Diego De Carolis, Prime esperienze giurisprudenziali nelle materie di giurisdizione esclusiva previste dal D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in LexItalia.it;
- Carmine Volpe, La reintegrazione in forma specifica ed il giudice amministrativo, in LexItalia.it;
- C. Cataldi, I poteri del giudice e la domanda di parte nell'art. 122 del Codice del processo amministrativo, in LexItalia.it;
- A. G. Orofino, L'irrisarcibilità degli interessi legittimi: da giurisprudenza "pietrificata" a dogma in via d'estinzione?, in LexItalia.it;
- Stefano Usai, Inefficacia del contratto e buona fede del terzo contraente, in LexItalia.it n. 4/2011;
- R. Granata, Sui rapporti tra la "sospensione" dell'efficacia del contratto e l'attuazione della misura cautelare, in LexItalia.it n. 7-8/2010;
- F. Saitta, Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme e prassi, in LexItalia.it n. 3/2014;
- Torrente, Schlesinger, Manuale di diritto privato, Giuffré editore;

- V. Cerulli Irelli, L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto, in Il Giornale di diritto amministrativo n. 11/2002;
- Paolo Carpentieri, Annullamento dell'aggiudicazione e contratto, in Il Giornale di diritto amministrativo n. 1/2004;
- Alfonso Graziano, L'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di appalti e la sorte del contratto a seguito di annullamento della giurisdizione, in Il Foro amministrativo, C.d.s. 2003;
- Lorenzo Ieva, Annullamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto, in Il Foro amministrativo, C.d.s. 2003;
- Francesco Volpe, La pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità, in Il Foro amministrativo, C.d.s. 2008;
- Ezio Maria Barbieri, Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione, in Rivista trimestrale degli appalti n. 4/2001;
- A. Carullo, La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte, in Rivista trimestrale degli appalti n. 4/2010;
- A. Carullo, Gli appalti pubblici dopo l'entrata in vigore della Direttiva 2007/66/CE: gli aspetti processuali che incidono direttamente sull'amministrazione aggiudicatrice, in Rivista trimestrale degli appalti n. 1/2010;
- Pelino Santoro, La caducazione del contratto per invalidità derivata ed il giudizio di ottemperanza, in Rivista trimestrale degli appalti n. 1/2009;
- Maria Grazia Vivarelli, Ancora sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione: nuove e vecchie prospettive, in Rivista trimestrale degli appalti n. 2/2009;
- Evaristo Santoro, Nullità strutturale e nullità derivata nei contratti pubblici, , in Rivista trimestrale degli appalti n. 4/2009;
- Guido Greco, La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Giuffré editore;

- Guido Greco, Argomenti di diritto amministrativo, Giuffré editore;
- M. A. Sandulli, Trattato sui contratti pubblici, Milano, Dott. A. Giuffré editore;
- E. Sticchi Damiani, La nozione di appalto pubblico, Milano Dott. A. Giuffré editore;
- Massimo Severo Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffré Editore 2000;
- Enrico Follieri, La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Diritto Processuale amministrativo n. 2/1999, Giuffré Editore, Milano;
- Margherita Ramajoli, Il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento, in Diritto Processuale amministrativo n. 4/2008, Giuffré Editore, Milano;
- Stefano Vinti, Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori(comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico, in Diritto Processuale amministrativo n. 3/2008, Giuffré Editore, Milano;
- Franco Gaetano Scoca, Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, in Diritto Processuale amministrativo n. 1/2008, Giuffré Editore, Milano;
- Alberto Romano, I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione, in Diritto Processuale amministrativo n. 1/1994, Giuffré Editore, Milano;
- R. Mangani, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento, in Rivista trimestrale degli appalti n. 4/2010;
- Alberto Romano, La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948, in Diritto processuale amministrativo n. 2/2004, Giuffré Editore;
- Lucio V. Moscarini, Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto, in Diritto processuale amministrativo n. 3/2004, Giuffré Editore;

- Luigi Garofalo, Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale, in Diritto processuale amministrativo n. 2/2000, Giuffré Editore;
- Gabriella De Giorgi Cezzi, Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione, in Diritto processuale amministrativo n. 3/2000, Giuffré Editore;
- G. Coraggio, Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima, in Diritto processuale amministrativo 2003, Giuffré Editore;
- D. Galli, Il recepimento della Direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2010;
- Luigi Garofalo, Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici, in Diritto processuale amministrativo n. 1/2008, Giuffré Editore;
- Giuseppe Romeo, Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto, , in Diritto processuale amministrativo n. 4/2008, Giuffré Editore;
- Stefano Baccarini, I conflitti di giurisdizione, in Diritto processuale amministrativo n. 4/2008, Giuffré Editore;
- Michele Didonna, Il subentro nel contratto di appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, in Urbanistica e Appalti n. 5/2010;
- Antonio Bartolini, Stefano Fantini, Fabrizio Figorilli, Il Decreto legislativo di recepimento della Direttiva ricorsi, in Urbanistica e Appalti n. 6/2010;
- Pasquale Cerbo, Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo), in Urbanistica e Appalti n. 8/2010;
- Giovanni D'Angelo, Questione di giurisdizione e qualificazione della posizione giuridica fatta valere in giudizio, commento a sentenza Consiglio di Stato, Sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5778, in Urbanistica e Appalti n. 4/2016;

- Gustavo Cumin, Annullamento dell'aggiudicazione definitiva e sorte del contratto, commento a sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4585, in *Urbanistica e Appalti* n. 1/2016;
- Fabio Saitta, Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti, in *Rivista trimestrale degli appalti pubblici*;
- Barbara Spatola, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: dopo le SS.UU. della Cassazione si pronuncia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nota a A.P. Cons. di Stato n. 9/2008);
- Alessandra Casinelli, Il subentro nel contratto disposto dal giudice: modalità attuative di un giudicato implicito, commento a sentenza Consiglio di Stato, Sez. III, 12 settembre 2012, n. 4831, in *Urbanistica e Appalti* n. 1/2013;
- F. Cintioli, in *In difesa del processo di parti*, in www.giustamm.it